

# LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA NELLA GESTIONE DEI SERVIZI DEGLI ENTI LOCALI

di *Giuseppe Piperata*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'affermazione del modulo societario per la gestione dei servizi delle autonomie locali: dalle prime sperimentazioni comunali al definitivo riconoscimento legislativo. – 3. La società come figura gestoria nel vigente ordinamento generale dei servizi pubblici locali. – 4. La natura delle società per i servizi pubblici degli enti locali. – 5. La scelta del modello societario, il procedimento di costituzione delle società e l'affidamento del servizio. – 6. Il modello societario per l'esternalizzazione del servizio: la società mista. – 7. Il modello societario per l'interiorizzazione del servizio: la società *in house*. – 8. I rapporti tra le società e gli enti locali di riferimento. – 9. Conclusioni.

## 1. *Premessa*

L'ambito di governo locale rappresenta il livello istituzionale all'interno del quale lo strumento societario è stato utilizzato con maggiore intensità per la realizzazione di diverse tipologie di intervento pubblico, manifestando così, tale strumento, tutta la sua capacità di adeguarsi alle esigenze organizzative e funzionali più varie.

Avviato inizialmente quasi in sordina e al di fuori di un preciso quadro normativo di riferimento, il fenomeno del ricorso da parte degli enti locali a figure societarie si è andato progressivamente affermando come manifestazione principale della realizzazione di modelli differenziati di organizzazione pubblica<sup>1</sup>. In tale scenario evolutivo non sono mancati i problemi sia a livello di legittimazione del modello strutturale di intervento sia a livello di pratica realizzazione delle figure societarie utilizzate. Allo stesso tempo, però, le aperture di *favor* verso tale sistema operate in sede di politica del diritto dal legislatore ed in sede in-

---

<sup>1</sup> Sull'uso di strumenti di diritto privato come esempio principale dell'affermazione del «principio positivo dei modelli differenziati» nell'ambito dell'organizzazione pubblica si rinvia a G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 85 ss., e, più approfonditamente, ID., *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia, Seconda serie*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 3 ss.

terpretativa dai giudici, nonché la tenacia delle amministrazioni territoriali nello sfruttare le potenzialità del modulo societario hanno consolidato il fenomeno in questione.

Tale tendenza ha trovato giustificazione nel fatto che l'uso di dinamiche societarie ha permesso molte volte agli enti locali di migliorare l'azione svolta, realizzando contestualmente diversi obiettivi, tra i quali un contenimento dei costi, una gestione meno burocratizzata e più efficiente delle attività, l'eventuale acquisizione della collaborazione di soggetti privati portatori di risorse finanziarie o professionali, una maggiore qualità delle prestazioni fornite.

I servizi pubblici erogati a livello locale hanno rappresentato il settore di intervento pubblico rispetto al quale maggiormente sono state sfruttate le potenzialità del modello societario, considerato che la natura di tali attività più di ogni altra si presta ad essere organizzata e svolta attraverso diverse tipologie di società<sup>2</sup>. Non sono mancati, poi, casi di ricorso alla formula societaria anche per provvedere ad azioni intraprese dalle autonomie territoriali aventi natura di funzione o di attività strumentale. In ogni caso, l'intervento degli enti locali attraverso società di capitali all'uopo costituite è un fenomeno che ha assunto dimensioni notevoli, determinando quello che è stato definito un nuovo capitalismo municipale<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali è stato scritto moltissimo. In prima battuta può essere, pertanto, opportuno un rinvio ai principali approfondimenti dedicati dalla dottrina giuspubblicistica all'argomento: *Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, a cura di G. Alpa, A. Carullo e A. Clarizia, Milano, Il Sole-24 Ore, 1998; *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, a cura di G. Caia, Maggioli, Rimini, 1995; M. Cammelli e A. Zirroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Maggioli, Rimini, 1999; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsosa, Milano, 2001; P. Fimiani, *Le società miste nel servizio pubblico ambientale*, Giuffrè, Milano, 1998; V. Martelli, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1997; *Le società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici. Società per azioni per gli enti locali*, a cura di E. Mele, Giuffrè, Milano, 2003; M. Mazzaelli, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1987; A. Niutta e A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 477 ss.; P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1994; *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, a cura di G. Sanviti, Il Mulino, Bologna, 1995; *Le società miste per i servizi locali*, a cura di F. Trimarchi, Giuffrè, Milano, 1999; R. Villata, *Pubblici servizi*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>3</sup> Sul c.d. nuovo capitalismo municipale, cfr. G. Gavana, F. Osculati e A. Zatti, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007, p. 7 ss. Per quanto riguarda i dati relativi al fenomeno in questione, bisogna precisare che, pur mancando fonti ufficiali e complete, sono ormai numerose le analisi e gli studi dedicati al settore dei servizi pubblici locali e, in particolare, all'uso strategico dei modelli societari. Si possono ricordare tra i tanti: Rapporto 2004 Confservizi – Nomisma, *Competitività delle local utilities. Analisi patrimoniale e finanziaria delle imprese di servizio pubblico locale*, Quaderno Cispel, n. 6, 2004; *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, Fondazione Civicum, *Le società controllate dai maggiori comuni italiani: costi, qualità ed efficienza*, Edizione 2006, in [www.civicum.it](http://www.civicum.it); B. Bortolotti, L. Pellizzola e C. Scarpa, *Le partecipazioni dei Governi Locali in Italia*, in [www.asstrid-online.it](http://www.asstrid-online.it).

Pertanto, considerato che nell'esperienza legislativa e nella prassi amministrativa concreta il ricorso al modello societario per l'organizzazione dei servizi pubblici locali ha avuto una portata assolutamente preponderante rispetto agli usi che di tale modello è stato fatto rispetto agli altri campi di azione degli enti locali, l'analisi che segue sarà condotta cercando di ricostruire le principali caratteristiche che tale fenomeno ha assunto con riferimento prevalentemente al settore delle attività di prestazione erogate a livello di governo locale. Del resto, su tale versante può essere registrata non solo l'esistenza di un preciso quadro normativo di riferimento, che, come si avrà modo di illustrare, comprende discipline statali e regionali, ma la valenza delle società pensate per la gestione dei servizi pubblici come modello di riferimento anche per le dinamiche societarie sviluppate negli altri settori di intervento pubblico.

In queste prime note di premessa una precisazione appare necessaria. L'economia del presente lavoro non consente di affrontare tutti gli aspetti e le problematiche giuridiche che la partecipazione degli enti territoriali a società di capitali costituite per la gestione di servizi pubblici locali solleva. Del resto, molte delle sfaccettature che il fenomeno giuridico in questione assume nel diritto positivo e nella realtà sono ricostruite, evidenziate e analizzate in altre parti del presente *Volume*. Appare, pertanto, più interessante e opportuno provare in questa sede, da un lato, a richiamare sinteticamente i dati ordinamentali ed evolutivi del fenomeno che possono essere considerati acquisiti e, dall'altro, a sottolineare le principali problematiche riscontrabili nel settore e che ancora non hanno avuto una soluzione condivisa.

Seguendo tale prospettiva, l'analisi prenderà le mosse da una rapida e sommaria ricostruzione del quadro evolutivo che ha caratterizzato l'affermazione della società come strumento di realizzazione degli interventi istituzionali degli enti locali. Successivamente, verranno passati in rassegna i profili giuridici connessi alle problematiche riguardanti la natura da riconoscere alla società e le dinamiche istituzionali e procedurali che la sua costituzione determina. Punto centrale dell'analisi sarà, poi, l'approfondimento dei due processi organizzativo-istituzionali realizzabili nel settore dei servizi locali attraverso il ricorso al modello societario, cioè i fenomeni previsti dalla disciplina nazionale di interiorizzazione del servizio mediante la costituzione di una società *in house* o di esternalizzazione dello stesso mediante la costituzione di una società mista pubblico-privato. Abbandonato il dato di diritto positivo, altrettanto importante sarà lo spazio dedicato, da un lato, all'uso concreto che del paradigma societario è stato fatto a livello locale, in alcuni casi dando vita a figure organizzative atipiche e, dall'altro, al ruolo dei giudici, i quali nell'esercitare il loro ruolo di interpreti non hanno mancato di integrare con regole pretorie la disciplina legislativa vigente in materia.

## 2. *L'affermazione del modulo societario per la gestione dei servizi delle autonomie locali: dalle prime sperimentazioni comunali al definitivo riconoscimento legislativo*

La previsione legislativa della società tra i possibili modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali rappresenta una tappa abbastanza recente dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico di tale settore di intervento. Si può, infatti, affermare che il modello societario di gestione dei servizi pubblici locali, per anni imposto nella prassi dai comuni più intraprendenti, osteggiato a lungo dal giudice amministrativo ma seguito con vivo interesse dalla dottrina, è stato riconosciuto e tipizzato dal legislatore soltanto nel 1990.

Ciò non significa che il ricorso da parte degli enti locali a moduli societari di gestione dei servizi di loro titolarità sia un fenomeno altrettanto recente. Bisogna, infatti, ricordare che pur non essendoci un riferimento legislativo legittimante, non sono mancate, soprattutto dopo l'avvento della Repubblica, sperimentazioni locali di gestione di servizi attraverso società per azioni, tanto che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, è stato costretto ad arginare tale fenomeno<sup>4</sup>. Di sicuro, i motivi che hanno spinto il giudice amministrativo ad assumere tale atteggiamento di chiusura vanno ricercati nell'intento di impedire agli enti locali di aggirare la rigida disciplina contenuta nel T.U. sulla municipalizzazione (r.d. 15 ottobre 1925, n. 257) attraverso l'adozione di strumenti di gestione atipica<sup>5</sup>.

Particolarmente significativa è stata la vicenda che ha dato origine all'intervento del giudice amministrativo. Nel 1953, infatti, il comune di Milano aveva deciso di costituire una S.p.a. per la costruzione e la gestione delle linee metropolitane cittadine, evitando così di ricorrere alle formule organizzative all'uopo

---

<sup>4</sup> Fondamentale, al riguardo, è stato il parere del Cons. Stato, sez. I, par. 6 marzo 1956, n. 373, in *Riv. amm.*, 1957, p. 284. Si ricordi che prima dell'intervento limitativo da parte del Consiglio di Stato la dottrina ammetteva la possibilità che l'ente locale costituisse una società di capitali per la gestione del servizio pubblico, ma qualificava tale società alla stregua di un concessionario di pubblico servizio: cfr. M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1956, in partic. p. 619.

<sup>5</sup> Sottolinea tale aspetto A. Massera, *L'impresa pubblica locale in forma privata. Note minime in tema di azionariato degli enti locali*, in *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 103 ss., ma spec. p. 110.

Secondo D. Resta, *Profili giuridici delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *TAR*, 1983, II, p. 205 ss., il modello della società a partecipazione comunale ha avuto un'ampia diffusione stante la sua idoneità «ad eliminare le lacune legislative riguardanti la municipalizzazione di pubblici servizi, a soddisfare la necessità di creare nuovi strumenti finanziari per far fronte alle nuove e accresciute esigenze economiche degli enti locali ed a rendere più effettiva la collaborazione tra soggetti pubblici e tra soggetti pubblici e privati» (p. 215 s.).

tipizzate dal T.U. sulla municipalizzazione<sup>6</sup>. Condividendo i dubbi di legittimità manifestati sulla vicenda dal Ministero dell'interno, il giudice amministrativo si oppose a tale sperimentazione, dichiarando espressamente che in presenza di gestioni societarie del servizio «ci si verrebbe a trovare di fronte ad una gestione diretta del servizio stesso assunta in violazione delle specifiche norme di diritto pubblico che tassativamente stabiliscono quali siano le forme della gestione diretta»<sup>7</sup>. Anche la dottrina giusamministrativistica, salvo rare eccezioni, avallò le conclusioni cui era giunto il Consiglio di Stato<sup>8</sup>.

La situazione, però, era destinata a cambiare nella seconda metà degli anni Settanta grazie ad alcune pronunce della Corte di cassazione con le quali si cominciava timidamente ad affermare la possibilità di gestire i servizi pubblici locali attraverso il modello societario<sup>9</sup>. Il nuovo orientamento della Corte Suprema era frutto del fatto che negli stessi anni, da un lato, numerosi provvedimenti legislativi statali e regionali avevano legittimato gli enti locali a partecipare a società per azioni costituite dallo Stato o da altri enti pubblici per la gestione di determinate attività e, dall'altro, alcuni interventi normativi riguardanti la finanza locale avevano eliminato molti dei vincoli che sotto tale aspetto impedivano agli enti comunali il ricorso all'azionariato<sup>10</sup>.

Come conseguenza di tale apertura giurisprudenziale alcuni dei maggiori comuni italiani costituirono società al fine di gestire i servizi locali, dando vita

---

<sup>6</sup> Soltanto nel 1969 con la l. 29 dicembre n. 1049, il legislatore ha espressamente riconosciuto la possibilità per i comuni di ricorrere alla costituzione di S.p.a. miste per la gestione e l'esercizio di ferrovie metropolitane.

<sup>7</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. I, par. 6 marzo 1956, n. 373, cit.

<sup>8</sup> Significativo al riguardo è lo scritto di G. Miele, *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, p. 1134 ss. Viceversa, critico verso il pronunciamento del giudice amministrativo si è dimostrato da subito A. De Valles, *In tema di azionariato comunale*, originariamente in *Amm. civ.*, 1958, n. 18, e poi in *Studi in onore di Silvio Lessona*, I, Zanichelli, Bologna, 1963, p. 247 ss. Con toni critici verso la posizione del Consiglio di Stato, viste le ricadute sulle dinamiche organizzative degli enti locali, si è espresso anche F.A. Roversi Monaco, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1973, p. 811 ss.

<sup>9</sup> V. Corte di cassazione, sez. civile, 3 giugno 1976, n. 2008, e 6 novembre 1976, n. 4038, entrambe in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 220 ss., con commento di A. Rossi, *Questioni in tema di partecipazione dei comuni ad una società per azioni*. Dello stesso A. cfr. anche, *La partecipazione dei comuni a società commerciali e suoi limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 27 ss.

<sup>10</sup> Cfr. al riguardo le considerazioni di M. Cammelli, *La società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, in *Le forme associative tra enti territoriali*, a cura di L. Vandelli, Giuffrè, Milano, 1992, p. 503 ss. Analoghe osservazioni anche in Id., *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, Maggioli, Rimini, 1989, *passim*. Traccia l'evoluzione della normativa speciale e di modifica nel testo sinteticamente richiamata, A. Massera, *L'impresa pubblica locale in forma privata. Note minime in tema di azionariato degli enti locali*, cit., p. 103 ss.

ad un fenomeno che la dottrina di quegli anni definì «fuga dalle municipalizzate»<sup>11</sup>. Inoltre, anche la dottrina del tempo, in considerazione delle numerose esperienze che venivano sperimentate a livello locale, iniziò ad aprirsi alla possibilità di riconoscere come legittima la scelta dell'ente locale di costituire società per azioni con lo scopo di gestire servizi pubblici, o quantomeno di avvalersi di esse in qualità di concessionarie<sup>12</sup>.

Nel corso degli anni Ottanta, poi, il modello societario si affermò definitivamente – sia pure in prevalenza nella versione della società per azioni costituita da un solo ente locale o tra più enti locali, con capitale esclusivamente pubblico –, e solo nel 1990, con la legge sull'ordinamento degli enti locali il legislatore intervenne al fine di ricomprenderlo (nella versione della S.p.a. a capitale pubblico maggioritario) tra le forme tipiche di gestione.

La stessa situazione, inoltre, si è verificata nel corso degli anni Novanta con riferimento all'affermazione dei modelli societari della S.p.a. a capitale pubblico minoritario e della s.r.l. come forme di gestione dei servizi pubblici locali al di fuori di qualsiasi schema tipico legislativamente determinato.

Particolarissima è stata la vicenda che ha portato al riconoscimento normativo della legittimazione degli enti locali di procedere alla gestione del servizio pubblico anche attraverso società miste con la partecipazione maggioritaria dei privati. Tale ipotesi gestoria, pur ampiamente utilizzata nella prassi<sup>13</sup>, è stata

---

<sup>11</sup> Così F. Merusi, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Ammin.*, 1988, p. 135. Da una ricerca svolta nel 1980 da B. Bosco, *Partecipazioni comunali in società azionarie*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Giuffrè, Milano, 1980, p. 149 ss., emerge, infatti, la presenza a quella data in Italia di 82 società partecipate da enti locali, alcune delle quali costituite per la gestione di servizi pubblici locali (in particolare centrale del latte e trasporti). Anche S. Cassese, *Tendenze dei poteri locali in Italia*, in Id., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 347, ricorda che nel decennio 1960-1971 solo la provincia di Milano aveva partecipato ad una diecina di società con quote sempre minoritarie, mentre il comune di Milano nel 1965 risultava titolare di partecipazioni in ben trentotto società o enti. Per altri esempi, M. Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, cit., ma soprattutto cfr. il *Referto speciale della Corte dei conti sulle società a capitale pubblico locale*, in *Riv. Corte cont.*, 1992, fascicoli 2, pp. 216 ss., e 3, 210 ss.

<sup>12</sup> Cfr. G. Caia, *Profili giuridici delle forme di gestione degli impianti energetici*, in *Impr. publ.*, 1983, n. 4, p. 9 ss.; M. Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, cit.; Id., *Le gestioni comuni, l'azionariato pubblico, creazione e partecipazione di società*, in *L'avvio della nuova provincia regionale in Sicilia*, a cura di G. Barone e V. Ottaviano, Giuffrè, Milano, 1989, p. 71 ss.; G. Endrici, *L'azionariato locale tra pubblico e privato*, in *Le forme associative tra enti territoriali*, a cura di L. Vandelli, cit., p. 539 ss., in partic. p. 572; A. Massera, *L'impresa pubblica locale in forma privata. Note minime in tema di azionariato degli enti locali*, cit.; F. Merusi, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 135 ss.

<sup>13</sup> Come ricorda C. Marzuoli, *Società a partecipazione pubblica minoritaria per l'esercizio dei pubblici servizi locali e disciplina mediante regolamento*, in *Le società miste per i servizi locali*, a cura di F. Trimarchi, cit., p. 185 ss.

esclusa inizialmente dal catalogo di modelli organizzativi tipizzati nell'art. 22, l. n. 142/1990. Ciò, comunque, non ha impedito alla dottrina più attenta di aggirare il problema connesso alla sua natura atipica, considerando legittima la gestione del servizio attraverso società costituite con capitale pubblico minoritario a condizione di una loro configurazione come concessionari<sup>14</sup>.

Al fine di colmare tale lacuna, il legislatore del 1992 (l. n. 498/1992) ha provveduto a tipizzare la formula di gestione societaria con capitale locale di minoranza, prevedendo la possibilità per gli enti locali di costituire società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria pubblica, aventi come scopo la gestione di un servizio o anche la realizzazione di opere ed infrastrutture. Lo stesso legislatore, inoltre, ha conferito al governo la delega a disciplinare nei dettagli tale modello gestionale, compito che il governo è riuscito a svolgere in tempi non certo brevi e compatibili con quelli previsti dalla legge, dato che la suddetta disciplina ha visto la luce con il d.p.r. 16 dicembre 1996, n. 533. Ora, le disposizioni originariamente contenute nell'art. 12, l. n. 498/1992, sono state quasi integralmente trasfuse nell'art. 116, T.U. del 2000, mentre il regolamento n. 533/1996, continua a produrre i suoi effetti.

Più lineare, invece, rispetto alla tipizzazione della società pubblica minoritaria per la gestione di un servizio locale, è stata la vicenda che ha portato all'inserimento delle società a responsabilità limitata tra le forme di gestione di tali servizi. Nel caso in questione, infatti, l'intervento del legislatore è stato favorito dal giudice amministrativo, il quale subito dopo l'entrata in vigore della legge di riforma delle autonomie locali aveva precisato che l'espressione "società per azioni" utilizzata nell'art. 22, l. n. 142/1990, avrebbe dovuto essere intesa non in senso tassativo, «ma come genericamente indicativa di varie forme di società di capitali, compresa dunque quella a responsabilità limitata»<sup>15</sup>. Al legislatore del 1997 (art. 17, co. 58, l. n. 127), quindi, non è rimasto che prendere atto della situazione e rendere tipica la società a r.l. nella prospettiva della gestione dei servizi pubblici locali.

### *3. La società come figura gestoria nel vigente ordinamento generale dei servizi pubblici locali*

L'ordinamento generale dei servizi pubblici locali attualmente in vigore, rappresentato dagli artt. 112 ss., d.lgs. n. 267/2000 dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, non solo ha ripreso molte delle disposizioni che la precedente le-

---

<sup>14</sup> Cfr. F.A. Roversi Monaco, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 719 ss.

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. I, par. 2 dicembre 1992, n. 2685/92, in *Cons. Stato*, 1994, p. 284 s.

gislazione aveva introdotto a proposito dell'uso dello strumento societario come modello gestionale di tali servizi, ma ha anche definitivamente consacrato tale strumento come il modello gestionale più idoneo per l'organizzazione e gestione delle attività in questione. Basti pensare che, da un lato, l'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001 prevede un obbligo generalizzato di trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società per azioni e, dall'altro, quantomeno per i servizi di rilevanza economica, l'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 indica il modello societario come unica possibile alternativa all'affidamento con gara all'esterno dell'attività di prestazione del servizio.

Come si diceva, l'ordinamento generale dei servizi pubblici locali contiene numerose disposizioni che si occupano della gestione di tali attività attraverso moduli societari. Tali disposizioni, inoltre, risentono della scelta operata dal legislatore del 2001, prima, e del 2003, successivamente, di scindere gli statuti organizzativi dei servizi locali a seconda o meno della rilevanza economica della attività<sup>16</sup>.

Con riferimento ai servizi pubblici locali di tipo economico l'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, indica il modello societario come strumento idoneo sia per la gestione delle reti, impianti e dotazioni destinate alla gestione del servizio sia per l'organizzazione dell'attività di erogazione dello stesso. In particolare, con riferimento alla prima ipotesi, la figura societaria presa in considerazione dal legislatore è la c.d. società *in house*, cioè una società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica, alla quale può essere affidato direttamente il servizio, purché

---

<sup>16</sup> Per ragioni di economia del lavoro, non è possibile in tale sede neanche accennare alle varie problematiche che la distinzione del regime dei servizi pubblici locali a seconda della rilevanza economica o meno importa. Si rinvia pertanto alle numerose delle opere di carattere generale già apparse con riferimento al nuovo regime dei servizi pubblici locali è già cospicuo, tra le quali si segnalano: G.E. Berlingiero, *Studi sul pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 2003, spec. p. 223 ss.; G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. Mazzaroli e altri, *Diritto amministrativo*, I, III ed., Monduzzi, Bologna, 2001, p. 923 ss.; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, III, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 2581 ss.; Id., *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 15, 2004, p. 73 ss.; G.F. Ferrari, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, in *L'attuazione del titolo V della Costituzione*, Atti del L convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 2005, p. 509 ss.; C. Franchini, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1 ss.; F. Liguori, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2004; L.R. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 575 ss.; A. Police, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 79 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2004; A. Vigneri, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, in *Commenti al T.U. sull'ordinamento delle autonomie locali*, coord. L. Vandelli, Maggioli, Rimini, 2004. Sia consentito rinviare anche a G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005.



gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano<sup>17</sup>. Viceversa, con riferimento alla seconda ipotesi, il dettato legislativo ammette l'affidamento diretto dell'attività di erogazione del servizio non solo ad una società *in house*, ma anche ad una società mista, purché costituita dall'ente locale con un socio privato scelto con gara.

Per quanto riguarda, invece, i servizi pubblici locali privi di rilievo economico, l'art. 113 *bis*, d.lgs. n. 267/2000, nella sua versione originaria, ha previsto la possibilità per le autonomi territoriali di affidare direttamente il servizio a società *in house*, mentre l'art. 116 del medesimo decreto legislativo ha espressamente ammesso la possibilità di costituire società miste con capitale pubblico minoritario per la gestione di tali servizi.

È necessario aggiungere che il paradigma legislativo riguardante l'organizzazione dei servizi pubblici locali senza rilevanza economica ha subito una trasformazione completa per effetto della sentenza della Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272<sup>18</sup>, con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale della disciplina posta dall'art. 113 *bis*, d.lgs. n. 267/2000, a causa dell'idoneità di tale disposizione di ledere le prerogative legislative da riconoscersi in materia alle regioni. Pertanto, in futuro spetterà a tali enti definire il quadro ordinamentale dell'organizzazione dei servizi locali non economici. Tuttavia, nelle more dell'intervento regionale, sembra corretto riconoscere in concreto la possibilità che l'ente locale svolga, legittimamente, un ruolo attivo nella disciplina, organizzazione e gestione del servizio pubblico privo di rilievo economico indipendentemente dall'esistenza di una legge regionale di riferimento, considerato che la citata sentenza della Consulta indica tra i possibili effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis*, la creazione di uno «spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale»<sup>19</sup>. Del resto, è opportuno segnalare che l'intervento organizzativo da parte dell'ente locale non avverrebbe in assenza di utili riferimenti normativi. Ad esempio, un possibile ruolo di indirizzo operativo può essere svolto dal ricordato art. 116, d.lgs. n. 267/2000, che non è stato toccato dalla pronuncia della

---

<sup>17</sup> Con particolare riferimento alle società per la gestione delle reti cfr. M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 520 ss., e S.E. Mungasi, *Reti, impianti e altre dotazioni: le nuove regole per la gestione in house*, in *Ammin.*, 2004, p. 313 ss.

<sup>18</sup> In *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 25 ss.

<sup>19</sup> Concordano sul punto, G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 27 ss.; G. Scialoja, *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2000, della Consulta*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8, 2004; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., p. 290 ss.

Consulta<sup>20</sup>. Ancora, particolarmente utili potrebbero rivelarsi quelle discipline di settore che regolano alcune forme di gestione e di organizzazione di attività riconducibili al novero dei servizi pubblici privi di rilievo economico degli enti locali, come, ad esempio, l'art. 115, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il quale, prevedendo le forme di gestione, anche di tipo societario, delle attività di valorizzazione dei beni culturali, rappresenta il principale schema di riferimento per l'organizzazione dei servizi culturali degli enti locali<sup>21</sup>.

In ogni caso, ai modelli della società mista e della società *in house* e al loro regime verrà dedicato ampio spazio nelle pagine che seguono. In questa sede, invece, è necessario richiamare brevemente le altre disposizioni che il T.U. degli enti locali del 2000 dedica alle società per la gestione dei servizi pubblici ad essi appartenenti. In particolare, due sono i gruppi di disposizioni sui quali merita di essere richiamata l'attenzione.

In primo luogo, si segnala il particolare regime di *favor* manifestato dall'ordinamento generale dei servizi pubblici locali verso le dinamiche di privatizzazione delle attività in questione e delle strutture chiamate a gestirle. Significativo, al riguardo, è l'art. 115, d.lgs. n. 267/2000, il quale disciplina la procedura di trasformazione delle aziende e dei consorzi in società per azioni, prevedendo una netta semplificazione dei passaggi necessari per realizzare la operazione di privatizzazione. Sullo stesso piano, inoltre, si colloca il co. 12 dell'art. 113, prevede la possibilità di dar vita ad una ipotesi di privatizzazione sostanziale dell'impresa pubblica incaricata della gestione del servizio pubblico locale di tipo economico, senza per questo privare l'impresa stessa dell'affidamento del servizio ottenuto, in origine, direttamente.

Il secondo gruppo, invece, riguarda una serie di disposizioni con le quali il T.U. del 2000 disciplina direttamente o rinvia ad altre fonti di regolazioni relative a specifiche figure societarie, pensate per la realizzazione di altri obiettivi di politica pubblica, ma idonee ad essere utilizzate anche per l'assolvimento di compiti di servizio locale. Si tratta, in particolare, del modello della società di trasformazione urbana, al quale è dedicato l'art. 120, d.lgs. n. 267/2000, o della possibilità di costituire società con la Gepi S.p.a. (oggi Italialavoro S.p.a.) per finalità anche di tipo occupazionali, sulla base dell'apposito regime conte-

---

<sup>20</sup> Avanza dei dubbi al riguardo G.F. Ferrari, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, cit., p. 573 s.

<sup>21</sup> Sulla possibilità per gli enti locali di applicare l'art. 115, d.lgs. n. 42/2004, per l'organizzazione dei servizi di tipo culturale, cfr. G. Sciullo, *La gestione dei servizi culturali delle autonomie dopo la pronuncia n. 272/2004 della Corte costituzionale*, in *Aedon*, 3/2004. V. anche le considerazioni svolte da M. Cammelli, *Introduzione*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 43 ss., il quale però segnala anche il rischio che l'art. 115, d.lgs. n. 42/2004, subisca la stessa sorte dell'art. 113 *bis*, d.lgs. n. 267/2000, con riferimento alla sua applicazione alla gestione dei beni culturali delle regioni e degli enti locali.

nuto nel d.l. 31 gennaio 1995, n. 26, appositamente richiamato dall'art. 122 TUEL.

#### 4. *La natura delle società per i servizi pubblici degli enti locali*

Prima di affrontare l'analisi delle caratteristiche dei modelli societari previsti dall'ordinamento generale sui servizi pubblici locali e i principali problemi che la loro utilizzazione solleva sembra opportuno rimanere su di un piano teorico al fine di interrogarsi sulla natura da riconoscere a tali tipologie di società. L'operazione non è semplice, come dimostra il fatto che da sempre la dottrina italiana ha portato avanti un ampio dibattito sul punto segnato dall'affermazione di posizioni antitetiche e la giurisprudenza, a sua volta, non è riuscita ad individuare criteri risolutivi ampiamente condivisi<sup>22</sup>.

Inoltre, qualsiasi considerazione sulla natura da attribuire alle società istituite a livello di governo locale si iscrive (ma allo stesso tempo ne rimane fortemente condizionata) in una più ampia e tradizionale riflessione riguardante il rapporto tra «pubblico» e «privato» nella qualificazione delle persone giuridiche che utilizzate per lo svolgimento di compiti di interesse generale<sup>23</sup>, all'interno

---

<sup>22</sup> Tra i tanti autori che sono intervenuti nel dibattito, per ragioni di economia del lavoro, in questa sede possono essere ricordati soltanto alcuni. Centrali nel dibattito, per la dottrina giurispubblicistica, sono i lavori di S. Cassese, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 774 ss.; Id., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Edizioni di comunità, Milano, 1962; V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 1015 ss., e oggi in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1992, p. 115 ss.; F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1965; G. Rossi, *Le società per azioni. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1811 ss.; F.A. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1967; Id., *Brevi note in tema di società per azioni «pubbliche»*, in *Cons. Stato*, 1972, II, p. 950 ss. Per la dottrina commercial-civilistica, invece, si segnalano le riflessioni di M.T. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. Colombo e G. Portale, Utet, Torino, 1992; F. Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VII, Cedam, Padova, 1984, p. 409 ss.; A. Rossi, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Giuffrè, Milano, 1977; G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Giuffrè, Milano, 1979.

Per una puntuale e utile rassegna delle varie posizioni espresse, anche con riferimento alle società del livello istituzionale locale, si rinvia a M.A. Cabiddu, *Le società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *St. juris*, 1999, p. 302 ss.; R. Garofoli, *Società in mano pubblica: forma, natura e problematiche di giurisdizione*, in *Urb. appalti*, 1998, p. 241 ss.; A. Rossi, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993.

<sup>23</sup> Si riprende il titolo del fondamentale saggio di F. Galgano, *«Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Cedam, Padova, 1972, p. 281 ss. Per una prospettiva che sposta sulla pubblicità dell'attività svolta piuttosto che

della quale particolare attenzione è stata riservata a tematiche quali quelle dei caratteri e dei confini dell'ente pubblico<sup>24</sup>, delle caratteristiche e del ruolo delle imprese pubbliche<sup>25</sup> e, da ultimo, dell'individuazione dell'organismo di diritto pubblico<sup>26</sup>.

Oggi più che mai il dibattito in questione appare particolarmente intenso ed è evidente la ragione che sta alla base di un rinnovato interesse verso il tema della natura delle società in mano pubblica: il massiccio ricorso alle politiche di privatizzazione nell'ambito dei pubblici poteri e la necessità di individuare moduli organizzativi in grado di assicurare maggiore efficienza hanno determinato la diffusione di modelli soggettivi di stampo privatistico incaricati di svolgere attività direttamente o indirettamente riconducibili ai compiti istituzionali degli enti di riferimento. Tuttavia, ancora una volta, si registrano in dottrina ed in giurisprudenza posizioni nettamente contrastanti, dovute alla difficoltà di individuare in tali fenomeni caratteristiche ed elementi unitari di sviluppo. Ma, soprattutto, tale situazione di incertezza è imputabile al legislatore italiano, il quale, anche se è intervenuto in più occasioni con disposizioni puntuali sulla configurazione delle società per la gestione di servizi pubblici locali, non è riuscito, come auspicato da alcuni interpreti<sup>27</sup>, a definire un regime organico e speciale, contenente uno statuto differenziato per tali tipologie di società.

Del dibattito di cui si è detto in questa sede non può essere dato conto se non in modo sintetico, al fine di evidenziare gli aspetti di fondo e quelli più rilevanti per l'analisi del fenomeno societario che si intende portare avanti. Così,

---

sulla natura del soggetto la distinzione tra persona giuridica pubblica e persona giuridica privata, si v. anche G. Pagliari, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 657 ss.

<sup>24</sup> Considerata l'ampiezza del tema e l'altrettanto ampia letteratura presente sull'argomento, è sufficiente in questa sede rinviare al lavoro di G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991, e al volume collettaneo *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Giappichelli, Torino, 1994.

<sup>25</sup> Sull'impresa pubblica, da ultimo, si v. C. Lacava, *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, IV, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 3901 ss., e la bibliografia ivi citata.

<sup>26</sup> Sull'organismo di diritto pubblico la letteratura giuridica è molto ampia. Si rinvia per tutti a M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Spisa. Conferenze e Seminari, XIX, Clueb, Bologna, 2000; V. Caputi Jambrenghi, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 13 ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli, 2003; L.R. Perfetti e A. De Chiara, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 135 ss.; nonché, da ultimo, ai saggi contenuti in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>27</sup> Cfr. M. Cammelli, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, cit., p. 347.

in primo luogo, bisogna registrare l'orientamento di alcuni autori i quali, pur ammettendo la difficoltà di dare alle società degli enti locali una qualificazione netta, tuttavia arrivano a riconoscere in particolare alle strutture societarie utilizzate in ambito nazionale una piena natura di diritto pubblico ed una equiparazione alle più tradizionali figure rappresentate dagli enti pubblici<sup>28</sup>. Tale visione, da un lato, trova fondamento nelle disposizioni legislative che introducono alcune regole derogatorie rispetto al modello generale codicistico, nel carattere necessario delle società e nel fatto che i modelli societari in questione vengono utilizzati per lo svolgimento di compiti istituzionali dell'ente, dall'altro, risulta confermata da una copiosa giurisprudenza, la quale, valorizzando gli aspetti sostanziali del fenomeno, ha evidenziato gli elementi pubblicistici che connotano il modello societario e, in alcuni casi, è giunta persino ad affermare la natura pubblica di tali soggetti.

La visione sostanzialistica del fenomeno in questione incentrato sull'evidenziazione degli elementi pubblicistici che continuano a connotare le società in mano pubblica anche in seguito alla loro sottoposizione a dinamiche di privatizzazione è stata approfondita, sia pur sotto angoli prospettici differenti, dalla dottrina fino a tempi più recenti. Così, il dato sostanziale pubblicistico è stato ritenuto predominante rispetto al dato formale privatistico da alcuni autori con riferimento alle c.d. società legali, stante l'elemento della strumentalità necessaria che le caratterizza<sup>29</sup>, da altri con riferimento alle società statali risultanti dalla privatizzazione di precedenti enti pubblici alla luce di una nozione sostanzialista di soggettività pubblica<sup>30</sup> o alla luce di tutti gli istituti pubblicistici che a tali soggetti continuano ad applicarsi<sup>31</sup>, da altri, infine, con riferimento alla generalità delle figure societarie in mano pubblica, attraverso l'applicazione

---

<sup>28</sup> Cfr. in tal senso G. Rossi, *Le società per azioni. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, cit., p. 1823 ss., e più recentemente, Id., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, p. 221 ss. Sulla stessa linea si collocano anche V. Cerulli Irelli, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, cit., p. 92 ss.; F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 281 ss., il quale sembra far coincidere la specialità del regime della società in questione con la natura di diritto pubblico della stessa, e, da ultimo, G. Gruner, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, p. 701 ss.

<sup>29</sup> Cfr. M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 391 ss. Sulle società legali fondamentale è lo studio di C. Ibba, *Le società "legali"*, Giappichelli, Torino, 1992.

<sup>30</sup> Il riferimento è alla monografia di M. Renna, *Le società in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, Torino, 1997, spec. p. 213 ss., al quale si deve un prezioso e utile sforzo di individuazione dei possibili criteri ricostruttivi, alcuni dei quali verranno ripresi nel prosieguo del lavoro.

<sup>31</sup> Istituti ben evidenziati nell'ampio lavoro di R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*.

del meccanismo del superamento del velo della personalità giuridica in chiave antielusiva dell'uso di tali modelli organizzativi<sup>32</sup>.

Specifica attenzione merita, poi, l'accennato orientamento seguito dai giudici italiani, tendente a confermare la qualificazione in chiave pubblicistica delle figure societarie utilizzate dai pubblici poteri. Con particolare riferimento a tale evoluzione giurisprudenziale, è utile ricordare che se, in un primo momento, i giudici – a partire da quello costituzionale – si sono limitati a segnalare i «focolai pubblicistici»<sup>33</sup> che continuano a connotare necessariamente i soggetti risultanti dalle dinamiche di privatizzazioni del settore pubblico<sup>34</sup>, successivamente questi hanno avviato un processo di interpretazione riguardante le società in mano pubblica, il quale ha avuto l'effetto di “sterilizzare” l'appartenenza di tali moduli strutturali al novero delle persone giuridiche disciplinate dal codice civile. Così la giurisprudenza, inizialmente, ha registrato il recupero del concetto dell'organo indiretto anche ai fini della qualificazione di alcune società partecipate da soggetti pubblici<sup>35</sup>, mentre, in un secondo momento, si è spinta fino all'elaborazione di un catalogo di elementi sintomatici in presenza dei quali riconoscere a tali soggetti natura di diritto

---

<sup>32</sup> Si tratta dell'interessante proposta avanzata recentemente, anche alla luce di esperienze analoghe maturate in ordinamenti stranieri, da F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persona giuridica*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. p. 241 ss.

<sup>33</sup> L'espressione, efficacemente coniata da G. Cottino, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 70, è stata recentemente ripresa da F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 611.

<sup>34</sup> Il riferimento obbligato è ad alcune sentenze della Corte costituzionale, a partire dalla famosa pronuncia del 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3829 ss., con commenti di A. Cerri, *La “mano pubblica” e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto*, e C. Pinelli, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice* – con la quale è stato affermato il controllo della Corte dei conti nei confronti delle società per azioni costituite in seguito alla trasformazione dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL –, fino alla sentenza 19 dicembre 2003, n. 363, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3752 ss. – con la quale Italia Lavoro S.p.a. è stata qualificata come ente strumentale anche se in forma di società per azioni –.

<sup>35</sup> Cfr., tra le tante, le sentenze Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro amm.*, 1991, p. 655 ss., con nota di E. Cannada Bartoli, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Giornale dir. amm.*, 1995, p. 1134 ss., con commento di S. Cassese, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*; Cass., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 24, e Cass., sez. un., 2 marzo 1999, n. 107, in *Giur. it.*, 2000, p. 175 ss., con nota di M. Protto, *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, con nota di V. Cerulli Irelli, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, p. 1057 ss.; Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2000, n. 5894, in *Foro it.*, 2001, III, c. 161 ss., con nota di L. Carrozza e F. Fracchia, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*.

pubblico indipendentemente dalla formale veste giuridica di stampo privatistico<sup>36</sup>.

All'orientamento interpretativo di matrice sostanzialistica diretto a far emergere la natura pubblica delle società costituite o partecipate dai vari livelli istituzionali è stata contrapposta una visione del fenomeno in questione esattamente antitetica e finalizzata a salvaguardare la natura genuinamente privatistica di tali modelli organizzativi. Di recente, la ricordata evoluzione giurisprudenziale che ha qualificato come enti pubblici in forma societaria i soggetti risultanti dalle principali politiche di privatizzazione realizzate a livello statale è stata oggetto di critiche da parte di alcuni autori, i quali hanno evidenziato come il ragionamento seguito dai giudici amministrativi risulti condizionato da una eccessiva enfasi data alle anomalie che la legislazione speciale introduce

---

<sup>36</sup> Significative, al riguardo, sono le sentenze del Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.*, 2002, III, c. 423 ss., con nota di I. Paola, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*, e Id., 5 marzo 2002, n. 1303, e 17 settembre 2002, n. 4711, entrambe in *Dir. proc. amm.*, 2003, c. 486 ss., con ampio commento di P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*. In particolare, secondo il giudice amministrativo, gli indici sintomatici della natura pubblica del soggetto in forma societaria, come riassunti dal commentatore cit., sono rappresentati dalla istituzione per legge o per provvedimento amministrativo su apposita previsione legislativa; la previsione legislativa del nome e dello scopo della società; la conducibilità almeno del pacchetto azionario di maggioranza ad un soggetto pubblico; la sottoposizione della società ad una disciplina speciale contenente importanti deroghe al diritto societario comune. Da ultimo, si v. la decisione del Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, ad avviso della quale devono considerarsi enti pubblici anche le società che svolgono attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenute ad operare come pubbliche amministrazioni, e la decisione del Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7134, *ibidem*, con la quale le società di costruzione e gestione delle autostrade sono state qualificate soggetti pubblici.

Si segnalano anche la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2922, in *Foro it.*, 2003, III, c. 463 ss., la quale, a proposito delle società per azioni costituite dagli enti locali, conferma la valutazioni in termini di impresa pubblica di tali soggetti pure in presenza di quotazione in borsa degli stessi, e, sempre a proposito di società per azioni costituite a livello locale, la sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868, in *Dir. form.*, 2003, p. 1055.

Sullo stesso piano si colloca, poi, anche l'orientamento giurisprudenziale seguito dalla Corte dei conti che afferma la natura pubblica delle società per azioni costituite dagli enti locali, facendone derivare come conseguenza sia la sussistenza della propria giurisdizione nei confronti di tali soggetti sia la qualificazione in termini di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio dei loro dipendenti: cfr. Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015/R/99, in *Giust. civ.*, 2000, p. 937 ss., Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 17 febbraio 2000, n. 296/00/EI, in *www.giust.it*, n. 3/2000, e più recentemente a proposito delle persone giuridiche aventi la caratteristica di impresa pubblica Id., 5 settembre 2007, n. 448, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*. Su tali aspetti si v. per approfondimenti F. Goisis, *Gli amministratori e funzionari di società in mano pubblica come pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 774 ss.

per tali soggetti rispetto alla disciplina comune e dalla scarsa importanza riconosciuta al fatto che comunque si tratta di società che esercitano attività commerciali<sup>37</sup>. Altrettanto vivace è stato, poi, il dibattito che ha riguardato la verifica della validità della teoria dell'ente pubblico in forma societaria, avviato dal tentativo portato avanti in dottrina di spostare l'analisi delle problematiche riguardanti le dinamiche di privatizzazione dal profilo soggettivo ai profili funzionali e teleologici<sup>38</sup>.

Inoltre, è utile ricordare che, a partire da tempi meno recenti, parte della dottrina italiana, in alcuni casi, si è dimostrata poco propensa a dare ad alcuni elementi – ed esempio, a quello finalistico – una rilevanza tale da condizionare in senso pubblicistico la natura delle società costituite per lo svolgimento di interventi di interesse pubblico<sup>39</sup>, mentre, in altri, ha espressamente

---

<sup>37</sup> In questi termini si esprime, da ultimo, F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 247 s. Anche G. Napolitano, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2003, p. 548 ss., muove una critica di merito e di metodo alla visione sostanzialistica e globale del fenomeno seguita dal giudice amministrativo, partendo dalla considerazione secondo la quale «non appare corretto inferire la pubblicità del soggetto dalle deviazioni che la disciplina presenta rispetto alla normazione comune». Secondo, invece, G. Corso, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. Sandulli, cit., p. 94 ss., l'obiezione da rivolgere all'interpretazione giurisprudenziale sta nella considerazione che il giudice amministrativo ha ritenuto erroneamente sussistente come principio generale del diritto l'idea in virtù della quale «il soggetto giuridico impersonale che persegue fini pubblici è necessariamente un ente pubblico», quando, invece, il sistema costituzionale italiano sembra orientato in tutt'altra direzione e «il sistema normativo vigente non consent(e) di unificare in uno stesso soggetto la qualifica di società e quella di ente pubblico».

Altrettanto critici verso l'orientamento giurisprudenziale ricordato sono P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, cit., p. 525 ss., e M.G. Roversi Monaco, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>38</sup> Si v., in particolare, il saggio di G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss., il quale suggerisce di abbandonare le teorie che si soffermano sulla natura da riconoscere ai soggetti privati a diverso titolo coinvolti nell'organizzazione amministrativa e di privilegiare, invece, un approccio metodologico che tenda a verificare i regimi giuridici applicabili a tali soggetti sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati. Sulla rilevanza dell'attività pubblica come elemento qualificante della società, si v. invece G. Pagliari, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica*, cit., p. 671 ss. È necessario ricordare che il fenomeno dell'oggettivizzazione del diritto amministrativo e della conseguente necessità di transitare da una concezione del pubblico inteso come soggetto al pubblico inteso come regola era stata già registrata da C. Marzuoli, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393 ss.*

Per una difesa e conferma della teoria degli enti pubblici in forma societaria v. G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, cit., e G. Gruner, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, cit.

<sup>39</sup> Basti qui richiamare quanto affermato da M.S. Giannini, *Sulla natura giuridica della S.p.a.*



qualificato in termini privatistici i soggetti incaricati di tali interventi<sup>40</sup>.

Un riflesso giurisprudenziale di tale orientamento interpretativo è riscontrabile anche in diverse sentenze della Corte di cassazione. Questa, infatti, in un primo momento con riferimento ad alcuni casi dubbi e poi a proposito di alcune società nazionali controllate dallo Stato, ha più volte affermato la natura privata dei soggetti societari in mano pubblica<sup>41</sup>.

A prima vista, il dibattito sopra sinteticamente riassunto potrebbe sembrare irrilevante rispetto alle figure societarie utilizzate a livello locale per la gestione dei servizi pubblici erogati dai comuni, in quanto le teorizzazioni avanzate da dottrina e giurisprudenza hanno riguardato prevalentemente le società statali derivanti da processi di trasformazione di precedenti enti pubblici e, soprattutto, quelle qualificate come legali per essere dotate di uno statuto speciale, presentare carattere coattivo o obbligatorio e avere una partecipazione pubblica necessaria<sup>42</sup>. Viceversa, le società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali sembrano, per lo più, avvicinarsi alla categoria delle società auto-

---

Cogne, in *Giur. compl. Cass.*, 1951, e oggi Id., *Scritti 1949-1954*, III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 401 s., «ad ogni modo ciò che dev'esser chiaro è che se le persone giuridiche pubbliche hanno sempre fini pubblici, non è vero, inversamente, che ogni fine pubblico sia portato da una persona giuridica pubblica». Si v. anche dello stesso A., *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato dir.*, 1940, e oggi Id., *Scritti 1939-1948*, II, Giuffrè, Milano, 2002, p. 169 ss. Analogamente anche A.M. Sandulli, *Enti pubblici ed enti privati d'interesse pubblico*, in *Giust. civ.*, 1958, e oggi Id., *Scritti giuridici*, IV, Jovene, Napoli, 1991, p. 509 ss.

<sup>40</sup> Per tutti si v. le opinioni espresse da V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1992, spec. p. 164 ss.; F.A. Roversi Monaco, *Brevi note in tema di società per azioni «pubblica»*, in *Cons. Stato*, II, 1972, p. 950 ss.; da ultimo, M. Dugato, *I contratti misti come contratti atipici tra attività ed organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, spec. p. 443 ss. In termini altrettanto netti si sono pronunciati anche alcuni giuscommerzialisti e giusciviliisti richiamati da A. Rossi, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, cit., p. 248 ss., e tra gli altri C. Ibba, *La GEPI S.p.a. fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 914 ss., e M. Costanza, *Le società per azioni di mano pubblica sono soggetti di diritto privato?*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 507 ss.

<sup>41</sup> Già M.S. Giannini, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli Enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Jovene, Napoli, 1974, p. 35, registrava che la giurisprudenza italiana «si sta avviando a riconoscere che nel caso dubbio l'ente è da ritenersi privato». Riguardo all'orientamento richiamato possono essere ricordate le sentenze della Suprema Corte, sez. un., 6 agosto 1990, n. 7945, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 911 ss., a proposito della GEPI; 9 dicembre 1992, n. 13005, a proposito della RAI; 4 gennaio 1993, n. 3, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1994, p. 471 ss., a proposito di una società costituita dal CONI; 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1056 ss., con commento di G. Greco, a proposito delle società di capitali partecipate dagli enti locali.

<sup>42</sup> Tale dato emerge, ad esempio, dalla ricostruzione del fenomeno degli enti pubblici a struttura di società per azioni fatto da G. Gruner, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, cit., p. 704 ss.

rizzate, in quanto il legislatore si limita ad attribuire agli enti locali la facoltà di costituirle e prevedere un minimo di regime differenziato cui sottoporle<sup>43</sup>.

Tuttavia, tale conclusione non sembra accettabile per due ordini di ragioni. In primo luogo, si può notare che frequentemente anche le società utilizzate dagli enti locali sono state prese in considerazione nelle ricostruzioni teoriche di cui si è detto e in alcune pronunce giurisprudenziali che a tali ricostruzioni hanno fatto riferimento<sup>44</sup>. In secondo luogo, poi, non si può non richiamare il fatto che, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, anche a livello locale legislativamente sono stati previsti processi di trasformazione delle aziende incaricate dell'erogazione di pubblici servizi in modelli societari necessariamente partecipati dagli enti di riferimento, società a necessaria partecipazione pubblica e, comunque, è stato incentivato il ricorso a tali figure gestionali per l'organizzazione dei servizi locali.

In ogni caso, rispetto a tali modelli di società partecipate l'orientamento prevalente in dottrina, a partire dalla loro prima previsione da parte della l. n. 142/1990, ha preferito riconoscere natura privatistica, anche se le maggiori attenzioni interpretative sono state concentrate sulla disciplina di carattere pubblicistico contenente deroghe al modello societario previsto dal codice civile<sup>45</sup>. In altri termini, le figure societarie introdotte dalla legge per la gestione dei servizi pubblici locali sono state considerate società di diritto privato a carattere

---

<sup>43</sup> La distinzione delle società in mano pubblica in "coattive", "obbligatorie" e "autorizzate" è stata avanzata da M. Renna, *Le società in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, cit., p. 41 ss., il quale rielabora alcune categorie individuate da C. Ibba, *Le società "legali"*, cit., *passim*.

<sup>44</sup> Da ultimo, con riferimento alla dottrina, si v. il saggio di F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., *passim*. Per la giurisprudenza è sufficiente il rinvio a Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, cit.

<sup>45</sup> Non paiono aver dubbi sulla natura privatistica delle società partecipate dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici G. Corso, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Nuove aut.*, 1995, p. 733 ss.; A. Niutta e A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., spec. p. 508 ss.; V. Ottaviano, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 245 ss. Tra i tanti, si soffermano, invece, sulla specialità di tale modello organizzativo e sull'apposito regime differenziato soprattutto A. Andreani, *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 245 ss.; M. Dugato, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 229 ss.; F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, cit., p. 282 ss.; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 51 ss.; nonché per un'impostazione giuscommerciale del problema, G.F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 390 ss. e F. Cavazuti, *Società a partecipazione locale: saggi di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 685 ss.

speciale, in quanto soggette ad un regime differenziato e derogatorio appositamente previsto dal legislatore<sup>46</sup>. Del resto, non è mancato chi, vista la mole delle deroghe introdotte dalla disciplina di settore, non ha lesinato critiche alla commistione fra natura privatistica del modello e disciplina pubblicistica della società, in quanto idonea a connotare la figura organizzativa in questione come «modello societario sostanzialmente insincero»<sup>47</sup>.

Proprio la disciplina che il legislatore riserva alle società in mano pubblica rappresenta oggi, prima ancora che l'accertamento dell'esatta natura di tali soggetti, il profilo che più interessa l'interprete. I soggetti in questione, infatti, sono formalmente figure organizzative riconducibili al diritto privato; sotto il profilo sostanziale, invece, la loro rilevanza pubblicistica o meno cambia a seconda del regime giuridico di riferimento. In altri termini, le società in mano pubblica, soprattutto in virtù del settore in cui sono chiamate ad operare, possono essere assoggettate ad un quadro ordinamentale che non si esaurisce nelle norme del codice civile dedicate al diritto societario, ma risulta arricchito da altre disposizioni, a volte integrative ma spesso derogatorie. Ciò spiega, inoltre, la presenza di una pluralità di modelli di società in mano pubblica, la cui diversità dipende sostanzialmente dal regime giuridico al quale la struttura privatistica sia stata assoggettata dall'amministrazione pubblica di riferimento.

##### *5. La scelta del modello societario, il procedimento di costituzione delle società e l'affidamento del servizio*

L'esistenza di differenti modelli societari e prima ancora di differenti opzioni organizzative rispetto al servizio pubblico locale previsti dall'ordinamento generale in materia impongono agli enti locali di compiere una scelta gestionale, alla quale far seguire la costituzione della società (o eventualmente l'acquisto della partecipazione in società già operative) ed il conseguente affidamento del servizio.

La procedura seguita dagli enti locali per costituire *ex novo* o per acquisire la partecipazione in società già costituite per la gestione di servizi pubblici non presenta particolari profili di criticità.

Al riguardo, è utile ricordare che il legislatore ha individuato nel consiglio

---

<sup>46</sup> Sottolinea con forza la natura speciale cui sono sottoposte le società partecipate da enti territoriali costituite per la gestione di servizi pubblici locali G. Vesperini, *Le società a partecipazione pubblica locale operanti nel settore dei servizi pubblici*, in *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, a cura di G. Sanviti, cit., p. 333.

<sup>47</sup> Sono parole di R. Costi, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 800.

comunale l'organo competente ad assumere le decisioni inerenti alla qualificazione ed all'organizzazione del servizio pubblico locale (art. 43, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 267/2000). E non poteva essere altrimenti, considerato che, all'interno degli spazi di discrezionalità lasciati dal legislatore, la scelta di assumere un'attività come servizio pubblico locale, di definirne l'appartenenza all'una o all'altra categoria di riferimento e di precisarne l'assetto organizzativo e gestionale implica, come sottolineato dalla dottrina, un ineliminabile «momento politico»<sup>48</sup>. Pertanto, deve essere l'organo assembleare dell'ente a svolgere un forte ruolo chiave a proposito di organizzazione dei servizi pubblici, in quanto, come più volte ricordato dalla giurisprudenza, tale competenza implica l'adozione di atti di indirizzo politico e non, invece, una attività di gestione o meramente esecutiva<sup>49</sup>.

A sua volta, poi, la dottrina ha ricostruito i vari passaggi del procedimento di organizzazione del servizio pubblico locale attraverso il ricorso a società di capitali, sottolineando la diversità rispetto a quanto previsto dal diritto societario per le ipotesi di costituzione di società comuni e la centralità nello stesso svolto dalla delibera motivata che l'ente è chiamato ad assumere<sup>50</sup>.

Particolari problemi interpretativi non si pongono neanche con riferimento all'affidamento da parte dell'ente locale del servizio alla società appositamente costituita o partecipata. Se sussistono, infatti, le condizioni legittimanti previste dal legislatore con riferimento ai singoli modelli societari, l'amministrazione locale può incaricare direttamente la società della gestione dell'attività. Affinché ciò avvenga, è evidente che lo statuto societario debba prevedere l'attività che si intende trasferire in gestione o quantomeno in astratto lo svolgimento di qualsiasi servizio pubblico locale, non essendo necessario che «la società destinataria dell'affidamento diretto, costituita *ad hoc* o solo partecipata, debba necessariamente essere sorta per gestire un solo determinato servizio»<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr., al riguardo, F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Utet, Torino, 1970, p. 215 ss.

<sup>49</sup> Al riguardo cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 1999, n. 160, Id., 9 dicembre 2002, n. 6764, Id., 17 marzo 2003, n. 1377, TAR Puglia, Lecce, sez. II, 18 ottobre 2003, n. 6946, e TAR Campania, Napoli, sez. I, 27 settembre 2004, n. 12587, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Esclude espressamente la competenza della giunta municipale in materia di affidamento del servizio la pronuncia del Cons. di Stato, sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9301, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul riparto di competenza tra consiglio e giunta a proposito delle politiche di dismissione delle quote di partecipazione in società miste v. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2699, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>50</sup> Cfr. M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 61 ss., e anche *Le società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici. Società per azioni per gli enti locali*, a cura di E. Mele, cit., p. 119 ss.

<sup>51</sup> Così, da ultimo, si è espresso Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2007, n. 4862, in *www.giustamm.it*.

Se, poi, dal piano meramente procedurale si passa al profilo più strettamente decisionale, allora l'attenzione dell'interprete è richiamata dalla recente messa in discussione del potere dell'ente locale di ricorrere al modello societario per far fronte alla gestione di un servizio pubblico locale, senza aver prima valutato la possibilità di individuare sul mercato un'impresa idonea a svolgere tale attività. In pratica, ad essere oggetto oggi di dibattito è il carattere ordinario o, viceversa, eccezionale da attribuire al modulo gestionale basato sull'affidamento diretto del servizio pubblico locale a società di capitali partecipate e, di conseguenza, l'ampiezza del potere di scelta discrezionale da riconoscere all'ente locale a proposito dell'organizzazione di tali servizi.

In passato, è stato sempre confermato in capo all'ente territoriale il potere discrezionale di individuare come servizio pubblico un'attività economica e soprattutto di scegliere la forma organizzativa più adeguata<sup>52</sup>. Recentemente, però, proprio con riferimento alla nuova disciplina contenuta nell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, sono riscontrabili vari elementi che potrebbero far dubitare sull'ampiezza di tale discrezionalità, in particolare con riferimento al profilo più strettamente organizzativo.

Il giudice amministrativo, per primo, in alcune pronunce ha espressamente affermato che l'affidamento diretto del servizio ad una società appositamente costituita deve essere considerato un metodo organizzativo di carattere eccezionale, la cui legittimità è subordinata al rigido rispetto delle condizioni dettate dal citato art. 113, co. 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000. Non solo. Sulla base di tale convinzione, la questione dell'eccezionalità o meno dell'affidamento diretto del servizio locale a società partecipate è stato rimesso alla Corte di giustizia Ce, con l'obiettivo di verificare la compatibilità con il diritto comunitario proprio del co. 5 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, nello specifico «nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata»<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Sul potere discrezionale dell'ente locale nell'organizzazione del servizio pubblico, v. le osservazioni di L. Benvenuti, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. regione*, 2002, spec. p. 331 ss. Sul medesimo tema in giurisprudenza si v. Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2002, n. 1874, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, p. 917 s. (s.m.). Da ultimo il Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, n. 5643, in *www.dirittodeiservizipubblici.it.*, ha affermato che la scelta del modulo organizzativo consiste in una «scelta in funzione dell'organizzazione dei servizi pubblici di competenza comunale, riservata esclusivamente all'autonomia e alla responsabilità del Comune».

<sup>53</sup> Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 8 settembre 2004, n. 885, in *Foro amm.-TAR*, 2004, p. 2648 ss., con nota di J. Bercelli, *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*. Cfr. anche TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

La configurazione del ricorso ad una struttura societaria in mano pubblica come opzione organizzativa dei servizi pubblici locali di carattere ordinario e non eccezionale rappresenta anche uno dei punti di maggior dibattito a proposito delle possibili linee di riforma da introdurre nell'ordinamento del settore<sup>54</sup>.

La situazione, pertanto, appare incerta ed in corso di definizione a differenti livelli istituzionali. Inoltre, non sembra possibile provare ad immaginare l'esito finale di tale dibattito, considerato che la questione della eccezionalità o meno dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società partecipate nasconde un problema interpretativo molto più ampio: quello relativo ai confini del servizio pubblico locale, dei principi che ne debbono sorreggere la disciplina e del ruolo da riconoscere agli enti locali di riferimento.

Volendo, quindi, rimanere su di un piano di mera analisi del dato di diritto positivo vigente, si può notare che i modelli societari attualmente previsti in generale dall'ordinamento dei servizi pubblici locali sono di due tipi: il modello dell'affidamento diretto del servizio a società mista, il quale implica una dinamica di esternalizzazione del servizio, ed il modello del c.d. affidamento *in house*, che, viceversa, si basa su di una dinamica di interiorizzazione dell'attività di servizio.

## 6. Il modello societario per l'esternalizzazione del servizio: la società mista

La società a capitale pubblico – privato ha rappresentato la struttura sulla quale si è maggiormente incentrato il processo di affermazione dei modelli societari nell'ambito del governo locale.

Le ragioni che hanno favorito una rapida diffusione di tale tipologia societaria sono principalmente due: da un lato, la capacità della società mista di fornire un'utile forma di cooperazione tra enti locali alternativa alle più tradizionali strutture associative di diritto pubblico previste dall'ordinamento e, dal-

---

<sup>54</sup> Il riferimento obbligato è al recente d.d.l. AS 772, *Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali*, presentato nel luglio 2006, il quale ha sollevato un acceso dibattito, anche in sede parlamentare, a proposito della configurazione dell'organizzazione del servizio attraverso società partecipate come sistema in deroga all'affidamento con gara all'esterno e come tale soggetto a delle rigide condizioni di legittimità. Diverso l'approccio di politica del diritto seguito da alcune regioni, ad esempio la regione Friuli Venezia Giulia, la quale con l. reg. 23 giugno 2005, n. 13, ha disciplinato l'organizzazione del servizio idrico integrato, prevedendo l'affidamento diretto a società *in house* come modello ordinario di gestione del servizio in questione, e ammettendo, invece, il ricorso alle alternative formule dell'esternalizzazione e dell'affidamento a società mista solo in presenza di ragioni obiettive che rendono impossibile la realizzazione dell'ipotesi dell'approvvigionamento mediante delegazione interorganica (art. 23).

l'altro, il fatto che essa rappresenta il principale strumento per realizzare forme molto strette di collaborazione con soggetti privati, ai quali l'ente locale chiede di mettere in comune risorse economiche o competenze tecniche o entrambe.

Come si è già detto, la bontà del modello ed il suo essere funzionale alla realizzazione di strategie di intervento in settori particolari di azione pubblica hanno portato, prima, gli enti locali a saggiarne in via sperimentale l'utilità ed il funzionamento e, successivamente, il legislatore a definirne il regime giuridico di riferimento.

Oggi, infatti, l'art. 113, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 267/2000, in generale e con riferimento al settore dei servizi pubblici, legittima gli enti locali a costituire «società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche». Altre disposizioni con riferimento allo stesso soggetto sono dettate sempre dal d.lgs. n. 267/2000, per esempio, a proposito di cessione del pacchetto azionario (art. 113, co. 12) o delle società miste a capitale pubblico minoritario (art. 116). Si deve, poi, ricordare che il quadro giuridico di riferimento è stato più volte arricchito grazie all'intervento in sede interpretativa del giudice amministrativo, il quale ha molte volte introdotto vere e proprie regole giurisprudenziali per risolvere importanti problemi applicativi non affrontati espressamente dallo statuto legislativo di riferimento<sup>55</sup>.

Bisogna segnalare, però, che mentre il modello della società mista trovava nel dettato legislativo la sua più ampia consacrazione, si registravano allo stesso tempo alcuni fenomeni destinati a metterne in discussione l'utilità e la legittimità. Una prima causa di crisi è riconducibile all'uso in chiave anticoncorrenziale che spesso si è fatto della dinamica collaborativa che il modello della società mista pubblico-privato consente. Ciò ha determinato una risposta immediata da parte del giudice amministrativo e del legislatore, i quali hanno tentato di introdurre misure finalizzate ad impedire comportamenti elusivi delle logiche concorrenziali, poste non solo nel rispetto degli elementi portanti dell'ordinamento giuridico comunitario, ma, prima ancora, riconducibili ai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione fissati nell'art. 97 Cost.<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Sul ruolo del giudice amministrativo e sulle regole di diritto pretorio della gestione dei servizi pubblici locali sia consentito rinviare a G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., p. 413 ss.

<sup>56</sup> Al riguardo, significativa è la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 1998, n. 192, in *Giornale dir. amm.*, 1998, p. 428 ss., con nota di M. Dugato, *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica*, con la quale per la prima volta è stato imposto l'ob-

L'altro fattore di indebolimento della società mista è riconducibile all'affermazione, nel medesimo settore di riferimento rappresentato dai servizi pubblici locali, di un nuovo modello societario di gestione: la c.d. società *in house*. La nuova tipologia societaria, infatti, per un verso, ha attratto l'interesse degli enti locali, i quali hanno avviato procedure di trasformazione in società *in house* di precedenti società miste nella convinzione che l'assunzione di una struttura societaria costruita su di una dinamica compatibile con i principi comunitari (la c.d. delegazione interorganica) può mettere in sicurezza gestioni ed investimenti fatti in un ambito di intervento dei pubblici poteri che sta subendo ampie trasformazioni proprio in ragione traduzione in concreto degli stessi principi. Per altro verso, invece, le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali hanno dovuto fare i conti anche con le ricadute che la definizione, prevalentemente in via interpretativa, degli aspetti applicativi del nuovo modello societario hanno prodotto sulle stesse società miste.

Quest'ultima vicenda merita di essere in questa sede segnalata, anche perché ha trovato una recente soluzione destinata a garantire l'utilizzabilità, sia pure ad alcune condizioni, di un modello societario di gestione la cui legittimità era stata messa in discussione.

All'origine di tale vicenda si collocano alcune pronunce giurisprudenziali – sulle quali si avrà modo di ritornare nelle pagine che seguono –, le quali, nel definire un requisito legittimante il ricorso alla società *in house*, hanno precisato che la situazione di delegazione interorganica, condizione necessaria affinché un'amministrazione pubblica possa affidare direttamente un'attività ad un soggetto distinto ma con la stessa collegato, presuppone un rapporto di controllo molto forte sul beneficiario dell'attività stessa; controllo che non può essere configurato nel momento in cui il beneficiario è rappresentato da una società partecipata oltre che da enti pubblici anche da soggetti privati.

Sulla base di una supposta omogeneità tra modelli societari per la gestione dei servizi pubblici locali, la dottrina ha esteso le conseguenze dell'orientamento richiamato anche alle società miste, arrivando a mettere in dubbio, una volta costituita la società con la scelta del socio con gara, la successiva possibilità di procedere all'affidamento diretto di servizi pubblici locali a vantaggio della stessa<sup>57</sup>. In altri termini, seguendo tale prospettiva interpretativa per incarica-

---

bligo di scelta con gara del socio privato, poi ripreso legislativamente dalla riforma del settore realizzata pochi anni dopo. Non sono mancate pronunce che hanno sanzionato con la illegittimità provvedimenti di costituzione di società miste che, però, mascheravano un tentativo di aggirare l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica nella individuazione dei fornitori della pubblica amministrazione: cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. II, 10 giugno 1999, n. 1137, in *Giornale dir. amm.*, 1999, p. 1068 ss., con nota di M. Dugato e A. Ziroldi, *I concorsi per partners di società di gestione di servizi pubblici locali*.

<sup>57</sup> Avanza tali dubbi, ad esempio, R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a*



re legittimamente tale soggetto della gestione del servizio non solo sarebbe necessario selezionare, in prima battuta, con gara il socio privato, ma, successivamente, la società mista dovrebbe nuovamente partecipare alla gara indetta per l'affidamento dell'attività e risultare vincitrice.

A sua volta, la giurisprudenza amministrativa, che fino a poco prima aveva sempre escluso la necessità della doppia gara<sup>58</sup>, ha portato alle estreme conseguenze tale impostazione interpretativa, arrivando ad avanzare il dubbio se l'art. 113, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 267/2000, nella parte in cui consente l'affidamento diretto di un servizio pubblico di rilevanza economica ad una società mista a prevalente capitale pubblico, con socio privato scelto a seguito di gara, non fosse da disapplicare per evidente contrasto con i principi del diritto comunitario, nel rispetto dei quali andrebbe attivata, successivamente alla costituzione della società e per la scelta del gestore del servizio, una seconda procedura ad evidenza pubblica. Secondo tale lettura, infatti, la gara per la scelta del socio privato non potrebbe essere considerata equivalente a quella per l'affidamento del servizio, avendo tali procedure finalità ben distinte, l'affidamento diretto del servizio a società mista concretterebbe un affidamento *in house* al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario, con la conseguenza che l'affidamento diretto del servizio pubblico locale a società mista sarebbe illegittimo, ancorché il partner privato sia stato scelto in esito ad una procedura consuale<sup>59</sup>

All'interprete attento, però, una simile lettura non può risultare convincente. E ciò per diverse ragioni. Innanzitutto, si deve rilevare che l'interpretazione proposta sicuramente garantirebbe il massimo livello di concorrenzialità nell'organizzazione del servizio, ma allo stesso tempo avrebbe l'effetto di rendere in concreto poco appetibile il modello societario di gestione per i privati, i quali non avrebbero interesse a partecipare a due gare per poter collaborare con i

---

*rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 179 ss. Segnala, invece, la tensione in atto in seguito alle pronunce dei Giudici comunitari con riferimento alle società miste C.E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 349 ss.

<sup>58</sup> Cfr. ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in *www.dirittodeiservizi pubblici.it*, il quale dichiara la legittimità dell'affidamento diretto del servizio pubblico locale alla società mista appositamente costituita, anche perché «la costituzione di una società mista a capitale pubblico maggioritario non avrebbe, invero, alcuna utilità per l'Ente locale che la ha costituita, ove, poi, lo stesso Ente non potesse affidarle direttamente i servizi pubblici di propria competenza». Ancora più esplicito il TAR Sicilia, Catania, sez. II, 18 aprile 2005, n. 671, in *www.appaltiecontratti.it*, ad avviso del quale, «in caso di società mista in cui il socio privato è scelto con procedura di evidenza pubblica, non occorre una seconda gara per l'affidamento dell'appalto».

<sup>59</sup> L'orientamento giurisprudenziale sinteticamente riassunto è stato affermato da Cons. reg. sic., 27 ottobre 2006, n. 589, in *www.giustamm.it*.

soggetti pubblici nello svolgimento dell'attività prestazionale<sup>60</sup>. Inoltre, non si può non notare che l'interpretazione restrittiva presa in considerazione dà vita ad un evidente paradosso (se non contraddizione), in quanto sacrifica definitivamente uno dei principali modelli di collaborazione tra soggetti pubblici e privati in nome dei principi dell'ordinamento comunitario, quando proprio tale ordinamento negli ultimi tempi si sta muovendo verso la direzione esattamente contraria nella prospettiva di un potenziamento dei modelli di partenariato pubblico-privato (PPP)<sup>61</sup>. Allora, sulla base proprio di quanto specificato in sede di definizione del contesto giuridico dei PPP, potrebbe risultare del tutto legittimo l'affidamento diretto a favore di società miste a condizione, però, che il socio sia stato scelto con gara e la società presenti un oggetto sociale circoscritto alla gestione del servizio pubblico affidato e una durata pari alla durata dell'affidamento stesso<sup>62</sup>.

Comunque, la questione appare oggi risolta ad opera di un nuovo intervento giurisprudenziale con il quale il Consiglio di Stato ha chiarito in maniera puntuale le condizioni in presenza delle quali una società mista costituita da una pubblica amministrazione locale può ritenersi legittima e, quindi, operare in un determinato settore di intervento<sup>63</sup>. Infatti, il parere del giudice amministrativo non si limita ad affrontare un singolo aspetto di una possibile variante organizzativa del modello gestionale, ma prova ad inquadrare la società mista in un contesto più ampio e generale, che tenga conto dell'evoluzione che l'ordinamento giuridico, in particolare a proposito dei servizi pubblici locali e delle collaborazioni gestionali pubblico-privato, ha subito rispetto a quando tale formula organizzativa ha iniziato ad affermarsi.

Secondo il nuovo orientamento, la società mista non è assimilabile ad altri

---

<sup>60</sup> Tale aspetto è stato messo bene in evidenza da F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 258 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM (2004) 327. Per un'analisi di tale documento v. i diversi contributi raccolti in *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, a cura di M.P. Chiti, Bologna University Press, Bologna, 2005.

<sup>62</sup> In tal senso si sono espressi, M. Dugato, *Le società miste alla luce della recente giurisprudenza italiana*, relazione al convegno *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna 18 novembre 2005, *datt.*; M. Giorello, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 940 ss.; C. Tassarolo, *Il partenariato pubblico-privato. La scelta del partner privato*, in *www.diritto deiservizipubblici.it*.

<sup>63</sup> Il riferimento è a Cons. Stato, sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456, in *www.giustamm.it*. Per un primo commento, cfr. M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 893 ss., e M. Giovannelli, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. appalti*, 2007, p. 984 ss.

modelli di figure societarie partecipate dalle amministrazioni pubbliche e soprattutto al modello della società *in house*, i cui criteri interpretativi non si prestano ad essere applicati alla prima. Allo stesso tempo, alla società mista viene negato il riconoscimento di modello organizzativo sempre ammissibile e, di riflesso, attribuito il carattere di modulo non ordinario di gestione, con la conseguenza che, a meno che non sia imposto dalla legge, il ricorso da parte dell'ente locale a tale formula organizzativa richiede una opportuna ed ampia motivazione.

Ma il giudice amministrativo non si ferma alla descrizione dei caratteri della società mista, bensì risolve una volta per tutte anche il problema delle condizioni che devono sussistere per poter ritenere legittima la costituzione di tale figura. In particolare, sono diversi i presupposti individuati come idonei a dare legittimità all'operazione di partenariato: innanzitutto, il fatto che la gara risulti impostata non solo per selezionare il partner privato, ma anche per affidare il servizio allo stesso, il quale viene immaginato come "socio industriale" chiamato concretamente a svolgere il servizio; in secondo luogo, la collaborazione tra pubblico e privato va costruita in maniera da consentire all'ente locale di riferimento di influire concretamente nella gestione della società; infine, la previsione della temporaneità dell'affidamento, nel senso di prevedere già negli atti di gara un limite temporale alla collaborazione con il privato. In presenza di tali presupposti, quindi, la sola gara per la selezione del socio è sufficiente a garantire un minimo di concorrenzialità tra possibili aspiranti, mentre non appare più necessaria una seconda selezione per l'affidamento del servizio, potendo quest'ultimo essere affidato direttamente dall'ente titolare alla società. Unico divieto previsto, infine, è quello che impedisce alla società mista di «svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico».

Alla luce di quanto ricordato, sembra corretto affermare che è oramai dato condiviso che con riferimento ai servizi pubblici locali l'ordinamento giuridico offre diversi modelli societari di gestione cui gli enti locali possono partecipare; modelli tra di loro differenti, in quanto non omogenei e ognuno con propri presupposti legittimanti. Può accadere, come dimostrato dal parere del Consiglio di Stato ricordato, che la diversità tra la società mista e le altre formule societarie previste debba essere tenuta in considerazione nel dare applicazione a disposizioni legislative introdotte con riferimento al settore dei servizi pubblici locali.

A ulteriore conferma può essere richiamato quanto avvenuto recentemente a proposito dell'interpretazione data all'art. 1, co. 729 della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007), il quale prevede la riduzione del numero degli amministratori delle società di capitale partecipate da enti territoriali, per ragioni di contenimento della spesa pubblica. In particolare, la disposizione prevede un diverso obbligo di riduzione degli amministratori a seconda

che la società sia a capitale interamente pubblico o meno: nel primo caso il numero massimo degli amministratori non potrà superare le tre unità ovvero le cinque per quelle il cui capitale sociale è superiore all'importo indicato da un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; nel secondo, invece, il numero massimo degli amministratori designati dai soci pubblici non potrà essere superiore a cinque, ivi compresi quelli di nomina regionale. La disposizione, però, non chiarisce il percorso attraverso il quale dare attuazione alla disposizione. Ciò non ha impedito alla Corte dei conti di formulare un'interpretazione che, basandosi sulla consapevolezza della disomogeneità tra i modelli societari, ha ipotizzato un immediato obbligo per gli enti partecipanti a società interamente pubbliche di provvedere al fine di dare piena attuazione alla disposizione, mentre per le società miste (pur partendo dalla necessità di arrivare al medesimo risultato, ma tenendo conto del fatto che «la sola volontà del singolo ente locale non potrebbe essere sufficiente a raggiungere lo scopo previsto dalla norma») ha escluso «che nell'immediato gravi sugli amministratori pubblici un'obbligazione di risultato poiché l'eventuale mancato adeguamento dello Statuto o dei patti parasociali e la conseguente diminuzione degli amministratori di "provenienza" pubblica può richiedere una dispendiosa attività di contenimento di interessi e di strumenti idonei al raggiungimento delle finalità previste dal legislatore»<sup>64</sup>.

### 7. *Il modello societario per l'interiorizzazione del servizio: la società in house*

I modelli societari previsti dall'ordinamento per la gestione dei servizi pubblici locali presentano vari profili di differenziazione definiti già direttamente in sede legislativa o ricostruiti successivamente in via interpretativa. Tale differenziazione, tuttavia, è prima di tutto presente nelle finalità sottese ai due principali modelli. La logica, infatti, presente nella scelta dell'ente locale a preferire una soluzione di partenariato strutturale di tipo societario è quella diretta a portare fuori dall'amministrazione un determinato compito, affidandolo ad un soggetto esterno, il quale rappresenta anche una idonea sede dove realizzare una stretta collaborazione tra pubblico e privato. Viceversa, la soluzione *in house* implica una interiorizzazione dell'attività da parte dell'ente locale di riferimento, anche se gestita da un soggetto formalmente di diritto privato<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Lombardia, par. 18 ottobre 2007, n. 46, in *www.cortedeiconti.it*.

<sup>65</sup> Cfr. al riguardo quanto sostenuto da M. Dugato, *I contratti misti come contratti atipici tra attività ed organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita*, cit., spec. p. 449 ss.

Anche se differenti e non omogenei, però, società *in house* e società mista presentano alcune cose in comune, prima fra tutte quella di essere entrambe oggetto di un ampio dibattito interpretativo finalizzato a definirne i caratteri e i presupposti applicativi. Di tale dibattito si è già detto per la parte relativa alle società miste, mentre nelle pagine che seguono si tenterà di dar conto anche delle questioni che interessano l'altro modello.

La società *in house* ha un'origine comunitaria legata agli appalti. Infatti, la Comunicazione emanata nel 1998 dalla Commissione in materia utilizzava la locuzione di "appalto *in house*" per indicare gli appalti «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata»<sup>66</sup>.

Successivamente, è stata la Corte di giustizia Ce a specificare il concetto attraverso alcune pronunce con le quali è stata elaborata la nozione di "*in house providing*" a proposito del fenomeno dell'autoproduzione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione; nozione con la quale si indica una particolare forma di delegazione interorganica in presenza della quale eccezionalmente si ammette la deroga all'applicazione del principio e del metodo competitivo nei casi di affidamento di lavori, forniture o servizi da parte di un soggetto pubblico o di un organismo di diritto pubblico<sup>67</sup>. In altri termini, ad avviso del giudice comunitario, l'applicazione delle disposizioni sugli appalti pubblici richiede la presenza di un rapporto di alterità tra le parti del contratto affidato, situazione che non si verifica «nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano». Sono due le condizioni che determinano tale situazione di delegazione interorganica: «il controllo analogo», che si ha quando l'ente esercita sul fornitore un potere di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; «il soggetto dedicato», che si ha quando il fornito-

---

<sup>66</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, in *Giornale dir. amm.*, 1998, p. 889 ss., con commento di G. Pasquini, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*.

<sup>67</sup> Cfr., per richiamare le prime pronunce più significative, Corte di giustizia Ce, sentenza 9 settembre 1999, C-108/98, *Risan s.r.l.*, in *Fin. loc.*, 2001, p. 1069 ss., con commento di G. Piperrata, *Le "omissioni" del giudice comunitario in tema di concessione di pubblici servizi*, Id., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1399 ss., commentata, insieme ad altre sentenze dello stesso tenore, da G. Greco, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*. Più recentemente e negli stessi termini si è pronunciata la medesima Corte con la sentenza 14 novembre 2002, C-310/01, *Didi*, in *Urb. appalti*, 2003, p. 1143 ss., con commento di S. Colombari, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*.

re realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano.

L'elaborazione del giudice comunitario in materia di *in house providing* è stata ripresa dal legislatore italiano a proposito della previsione della c.d. società *in house* come modello di gestione dei servizi pubblici locali. Tuttavia, l'applicazione del nuovo modello societario ha determinato numerosi problemi interpretativi, che hanno riguardato principalmente l'individuazione con esattezza dei requisiti in presenza dei quali risulta legittimo procedere con un affidamento diretto di una attività ad un soggetto formalmente distinto dall'ente in una dinamica di delegazione interorganica. In particolare, tali difficoltà hanno riguardato principalmente i tentativi di dare un contenuto più definito al requisito del «controllo analogo», mentre è risultato abbastanza semplice trovare una soluzione interpretativa con riferimento all'altro requisito applicativo del «soggetto dedicato», cioè della necessità che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano, riducendo al minimo la possibilità per la stessa di operare come imprenditore nel mercato<sup>68</sup>.

Sul punto la dottrina italiana sembra abbastanza concorde nell'interpretare l'espressione legislativa «parte più importante della propria attività» alla luce di un criterio puramente economico-quantitativo<sup>69</sup>. A tal fine particolarmente utile potrebbe risultare il criterio utilizzato dall'art. 8, co. 3, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, con riferimento agli appalti nei c.d. settori esclusi, ai sensi del quale è consentito l'affidamento diretto di un appalto di pubblici di servizi ad una struttura controllata a condizione che «almeno l'80 per cento della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata»<sup>70</sup>. In altri termini, appare condivisibile l'idea che vuole il requisito in questione individuabile facendo riferimento al fatturato dell'impresa incaricata, mentre, non sembra corretto utilizzare per la individuazione del requisito suddetto il criterio dell'oggetto sociale, considerato che tale parametro permetterebbe valutazioni vere in astratto ma facilmente contestabili alla luce della concreta attività svolta dall'impresa<sup>71</sup>. Del resto, anche la giuri-

---

<sup>68</sup> Da ciò la definizione della società *in house* come impresa dimezzata da parte di R. Cavallo Perin e D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 ss.

<sup>69</sup> Cfr. P. Alberti, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Ec. dir. terz.*, 2003, p. 597 s.; G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.; S. Colombari, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., p. 1151.

<sup>70</sup> Così, G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit. Analogamente, C. Tassarolo, *La gestione in house di pubblici servizi*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2005.

<sup>71</sup> Cfr. D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napo-

sprudenza amministrativa sembra aver accolto tale impostazione, arrivando ad affermare che una cospicua attività esterna rappresentata da oltre il 40 per cento del fatturato è tale da rendere non prevalente l'attività svolta dalla società a favore dell'ente controllante<sup>72</sup>.

Meno lineare, invece, appare la vicenda interpretativa che ha riguardato il concetto di "controllo analogo". In Italia, sulla scorta delle prime pronunce del giudice comunitario in materia, la dottrina giusamministrativistica si è da subito impegnata nel tentativo di dare un contenuto positivo al criterio del "controllo analogo" nella prospettiva di definire le caratteristiche dell'affidamento *in house* come istituto di carattere generale<sup>73</sup>. Altrettanto ha fatto anche il giudice amministrativo, ad avviso del quale il «controllo analogo» si sostanzia in una «dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale del soggetto gestore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, la possibilità di un effettivo controllo dell'amministrazione sul gestore del servizio equiparabile a quello esercitabile sui propri organi»<sup>74</sup>.

Ma le indicazioni più puntuali e concrete al fine dell'individuazione dei margini di applicazione della deroga al principio di concorrenza rappresentata dall'*in house providing* sono venute dal giudice comunitario che tale deroga aveva introdotto. Infatti, la Corte di giustizia Ce è più volte intervenuta per specificare il significato del requisito del "controllo analogo", proprio sulla base di alcune controversie riguardanti l'affidamento di alcuni servizi pubblici locali a società partecipate da amministrazioni comunali. Tuttavia, mentre in passato il giudice di Lussemburgo si era preoccupato di connotare in positivo i tratti ca-

---

li, 2003, p. 264 ss., e M. Galesi, *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in *Urb. appalti*, 2004, p. 936 s.

<sup>72</sup> Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198, in *www.dirittodeiserviziubblici.it*.

<sup>73</sup> Così, secondo alcuni (C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 ss.) il requisito in questione deve essere identificato con un rapporto di triplice dipendenza tra amministrazione aggiudicatrice e impresa affidataria: dipendenza formale, dipendenza economica e dipendenza amministrativa. Altri (D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 2003, p. 117 ss.), invece, hanno precisato che, sulla base della distinzione tra «controllo strutturale» (consistente in un potere di influenzare l'organizzazione interna della società) e «controllo sull'attività» (consistente nel potere di sindacare l'attività posta in essere dall'affidatario alla luce di un paradigma legale di azione), il «controllo strutturale» è l'unico parametro per valutare la sussistenza di un «controllo adeguato». Altri ancora (P. Alberti, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, cit., p. 593 ss.), infine, hanno avanzato la tesi secondo la quale il requisito del "controllo analogo" può essere interpretato alla luce della nozione di "influenza dominante" così come formulata dalla recente direttiva 2000/52/CE in materia di rapporti finanziari tra poteri pubblici e imprese pubbliche (tra l'altro già recepito con il d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333).

<sup>74</sup> Cfr. TAR Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in *www.dirittodeiserviziubblici.it*.

ratterizzanti in generale il modello dell'*in house providing*, nelle ultime pronunce il medesimo giudice ha preferito individuare in negativo i limiti all'applicazione di tale modello legati alla mancata configurazione del requisito del "controllo analogo".

Così, si è subito precisato che è da escludere la sussistenza del modello della società *in house* in presenza di compartecipazione da parte di soggetti privati al capitale sociale, in quanto «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi»<sup>75</sup>. In tale prospettiva interpretativa, l'interesse di cui è portatore l'eventuale socio privato appare incompatibile con l'interesse pubblico che l'amministrazione aggiudicatrice, direttamente o tramite una sua articolazione, deve perseguire<sup>76</sup>. Successivamente, i giudici comunitari hanno escluso la sussistenza di un modello *in house* quando alla totale partecipazione pubblica si accompagnino alcuni elementi dai quali risulti una limitazione dei poteri di controllo da parte dell'ente locale sul soggetto incaricato del servizio. In altri termini, fattori quali un oggetto sociale troppo ampio, la previsione come obbligatoria della privatizzazione formale della società, la potenziale operatività dell'impresa su tutto il territorio nazionale e anche all'estero e, soprattutto, il riconoscimento statutario di ampi poteri gestionali in capo all'organo esecutivo esercitabili autonomamente e senza necessità di autorizzazione preventiva da parte del soggetto pubblico di riferimento, sono tutti elementi che, secondo la Corte, se, da un lato, rafforzano la vocazione commerciale della società, dall'altro, rendono precario il controllo del comune sulla stessa, con la conseguenza di non poter considerare presente un rapporto di "controllo analogo" ai fini dell'applicazione del meccanismo dell'*in house providing*<sup>77</sup>.

Alla definizione per via giurisprudenziale dei caratteri dell'*in house* hanno contribuito anche i giudici nazionali. In particolare, al giudice amministrativo si deve una importante precisazione a proposito della possibilità di considera-

---

<sup>75</sup> Cfr. Corte di giustizia Ce, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Statd Halle*, e Id., 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, entrambe in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>76</sup> Per una critica a tale impostazione cfr. E. Picozza, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 1/2005, e anche C.E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, cit., p. 346 ss.

<sup>77</sup> Cfr. Corte di giustizia Ce, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 133 ss., con nota di G. Piperata, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di *in house* era stata prevista dalla dottrina italiana: si v. M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. un. eur.*, 2001, p. 537 ss.



re soddisfatto il requisito del controllo analogo legittimante l'affidamento *in house* anche in presenza di una società il cui capitale risulti di proprietà di più amministrazioni pubbliche. Il giudice italiano, infatti, non ha avuto dubbi nel ritenere legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società partecipata da una pluralità di enti locali, valutando la previsione statutaria di alcuni meccanismi decisionali finalizzati a consentire a tali enti di esercitare congiuntamente un controllo sul soggetto incaricato come elemento idoneo ad assicurare la sussistenza del requisito del controllo analogo<sup>78</sup>. E non poteva essere diversamente, considerato che le società a partecipazione multicomunale rappresentano una formula molto frequente di collaborazione tra enti locali, realizzata al fine di svolgere in comune una o più attività di rilievo pubblicistico. Tuttavia, in altre occasioni il giudice amministrativo ha ulteriormente precisato le condizioni di legittimità di tale modello gestionale, ricordando che i poteri attribuiti dal codice civile e dallo Statuto agli enti pubblici in qualità di soci da soli non sono sufficienti a garantire una posizione di controllo qualificabile in termini simili al rapporto che deve sussistere ai fini della legittimazione dell'*in house*<sup>79</sup>. Se questa è la tendenza in atto nella giurisprudenza nazionale, si ha l'impressione che le condizioni per permettere a più enti pubblici di collaborare nello svolgimento di una attività attraverso il modello della società *in house* sono molto stringenti e in alcuni casi difficilmente realizzabili. Si capisce allora il dubbio avanza dalla dottrina se, in presenza di tali limiti e prescrizioni giurisprudenziali al ricorso alla figura della società *in house*, non sia il caso di perseguire il fine della collaborazione tra enti pubblici nella gestione dei servizi pubblici locali o altre attività facendo ricorso ai più tradizionali modelli pubblicistici<sup>80</sup>.

Tuttavia, anche in seguito alle varie pronunce dei giudici comunitari e nazionali sono molte le questioni che rimangono ancora aperte in tema di affidamenti *in house* di servizi pubblici locali a società appositamente costituite dai pubblici poteri e sulle quali sembra abbastanza realistico immaginare ulteriori interventi da parte degli stessi organi giurisdizionali.

Ad esempio, particolarmente complessa appare la questione relativa all'ammissibilità di una partecipazione indiretta da parte dell'ente locale alla società

---

<sup>78</sup> Cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 1937 ss., con nota di A. Lolli, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*. Già prima dei giudici amministrativi alcuni autori si erano espressi nei medesimi termini: cfr. S. Colombari, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., p. 1151.

<sup>79</sup> Così Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in *www.giustamm.it*.

<sup>80</sup> Cfr. C.E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, cit.

affidataria del servizio attraverso un'altra struttura societaria a sua volta riconducibile al medesimo ente. Con riferimento a tale ipotesi, infatti, le difficoltà interpretative stanno tutte nella possibilità di considerare riconducibile alle precisazioni applicative fornite dalla Corte di giustizia Ce una situazione che vede l'ente locale chiamato a svolgere un controllo sulla società incaricata del servizio partecipata indirettamente: se, ad avviso dei Giudici comunitari, la partecipazione diretta e totalitaria al capitale della società operativa non è elemento sufficiente a consolidare una posizione di controllo richiesta per procedere all'affidamento *in house* del servizio, a maggior ragione tale posizione di controllo appare debole nel momento in cui venga esercitata indirettamente<sup>81</sup>.

Altri problemi che ancora attendono una soluzione univoca riguardano l'adeguatezza della partecipazione dei singoli enti al capitale della società<sup>82</sup> o la compatibilità del modello *in house* immaginato dalla Corte di giustizia con le nuove norme di diritto societario italiano<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. Corte di giustizia Ce, sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*, nella quale si afferma che «il fatto che l'ente locale eserciti la sua influenza sulla società aggiudicataria per il tramite di una società holding può incidere negativamente sulla sussistenza del "controllo analogo" ai fini della legittimità di un affidamento *in house*».

<sup>82</sup> La questione è molto dibattuta. Il TAR Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, ha escluso l'esistenza di un controllo adeguato tra ente titolare del servizio e società affidataria in presenza di «esiguità della partecipazione azionaria» del capitale sociale spettante all'ente medesimo. Così anche la Corte di giustizia, nel cit. caso *Coname*, ha specificato che il requisito del "controllo analogo" è escluso in presenza di una partecipazione irrisoria da parte del comune al capitale della società costituita insieme ad altri enti locali per la gestione di un servizio pubblico. Viceversa, il Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1160 ss., con nota di C. Mellone, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale di un comune ad una società partecipata solo al 3 per cento dal comune medesimo, facendo rientrare tale ipotesi nel meccanismo dell'*in house providing* così come disciplinato dall'art. 113, co. 5, d.lgs. n. 267/2000. Da ultimo, il TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, in un primo momento ha precisato che una partecipazione simbolica al capitale di una società partecipata da più enti non è sufficiente a garantire un rapporto di controllo analogo (9 gennaio 2007, n. 72); successivamente, però, ha affermato che è irrilevante la esiguità della quota partecipativa di uno degli enti al capitale della stessa società, quando ricorrano tutti i requisiti dell'*in house* (16 ottobre 2007, n. 9988, entrambe in *www.giustamm.it*).

<sup>83</sup> Il problema si è posto concretamente con riferimento all'idea di un consiglio di amministrazione inteso come mero organo esecutivo delle decisioni gestionali adottate dall'ente pubblico di riferimento, la quale potrebbe non essere in linea con la previsione codicistica secondo la quale «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori» (art. 2380 *bis* c.c.). Sul punto la dottrina commercialistica ha già sottolineato la esclusività di tale competenza: si v. in generale F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Cedam, Padova, 2003, p. 456 ss., e in termini più puntuali, A. Guaccero, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 ss., e R. Occhiolupo, *L'ordinamento comunita-*

Dalle questioni indicate emerge che non sono pochi e di scarso tenore i profili dell'*in house providing* che attendono ancora una soluzione e non è azzardato immaginare che nel futuro non mancheranno nuovi interventi da parte delle sedi giurisprudenziali più autorevoli finalizzati a chiarire altri aspetti della dinamica organizzativa in questione. Tuttavia, sembra altrettanto prevedibile che tali interventi conterranno puntualizzazioni specifiche dei profili applicativi dell'istituto, al fine di perimetrare la libertà degli operatori istituzionali nel ricorso al modello organizzativo dell'*in house* con riferimento al settore dei servizi pubblici locali. Del resto, già al momento delle prime pronunce del Giudice comunitario in materia attenta dottrina aveva segnalato che l'orientamento giurisprudenziale era ispirato più da esigenze sistematiche che non strettamente dogmatiche<sup>84</sup>. In tale prospettiva, appare evidente ciò che si nasconde dietro il problema della esatta definizione degli aspetti applicativi dell'*in house providing*: la difficoltà a livello nazionale e comunitario di trovare una condivisa e definitiva politica del diritto alla quale affidare la riscrittura dell'intero ordinamento dei servizi pubblici locali. Pertanto, la storia dell'interpretazione delle caratteristiche dell'*in house providing* rischia di rimanere "una storia infinita", fatta di applicazioni e sperimentazioni locali quasi sempre da sottoporre al sindacato del giudice, fino a quando la transizione «verso un ordinamento europeo dei servizi di interesse economico generale» non sarà completata<sup>85</sup>.

## 8. I rapporti tra le società e gli enti locali di riferimento

Il tema della società *in house* interseca il tema più ampio e altrettanto complesso dei rapporti tra le società e gli enti locali di riferimento. L'economia del presente lavoro non consente di ricostruire le molteplici forme di relazioni che

---

*rio, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 63 ss. Di diverso avviso F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 607, secondo il quale «il diritto societario potrebbe offrire strumenti (...) atti a garantire il controllo richiesto dalla giurisprudenza comunitaria». Si pronuncia per la compatibilità anche M. Dugato, *I contratti misti come contratti atipici tra attività ed organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, cit., p. 448.

<sup>84</sup> Cfr. G. Greco, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, cit., p. 1464.

<sup>85</sup> Sull'europizzazione dell'ordinamento dei servizi pubblici cfr. M. Cammelli, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 513 ss.; *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura di A. Massera, Edizioni Plus, Pisa, 2004; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 33 ss., da cui è tratta l'espressione citata nel testo; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 70 ss.

si possono instaurare tra le amministrazioni territoriali e le società dalle stesse partecipate. Tuttavia, in questa sede appare opportuno limitarsi a segnalare la tendenza a rafforzare i legami di dipendenza delle società rispetto agli enti che le partecipano, anche attraverso dinamiche di regolazione e di controllo. Sono diverse le ragioni presenti alla base di tale tendenza. A volte, come nel caso della società *in house*, è l'ordinamento giuridico a imporre forme di controllo o di ingerenza tra i soggetti; altre volte, invece, è la necessità di non perdere potere decisionale e di influenza con riferimento ad interi ambiti di governo locale affidati alla gestione di soggetti formalmente estranei all'ente. La conseguenza di tutto ciò è il rafforzamento del rapporto tra enti locali e loro società, in alcuni casi favorito dall'intervento interpretativo del giudice<sup>86</sup>.

L'esempio di alcune pronunce del giudice amministrativo italiano a proposito del significato da riconoscere al controllo analogo della società *in house* dimostra quanto appena detto. Negli ultimi tempi, infatti, la giurisprudenza italiana ha dimostrato grande attenzione per il fenomeno degli affidamenti di servizi pubblici locali e di altri compiti pubblici a società di capitali attraverso il modello dell'*in house*. Con diverse sentenze il giudice amministrativo è intervenuto in materia, in alcuni casi, limitandosi a richiamare ed applicare al caso concreto principi e regole interpretative già individuati in precedenti pronunce, in altri, invece, specificando in maniera innovativa ulteriori aspetti del fenomeno.

Tra gli aspetti più innovativi, rientra proprio la volontà dell'interprete di considerare il requisito del controllo analogo come un rapporto particolarmente stretto ed intenso tra la società e gli enti soci di riferimento, così dimostrando di voler dar seguito a quanto affermato in più occasioni dalla Corte di giustizia Ce, la quale ha qualificato tale rapporto come «relazione di delegazione interorganica» o di vero e proprio «rapporto gerarchico». Alla luce di ciò, si deve allora registrare un rafforzamento della tendenza, seguita dai nostri giudici nazionali sull'esempio di quelli comunitari, di circoscrivere la legittimità dell'affidamento *in house* solo nei casi in cui il collegamento tra due soggetti distinti venga costruito in modo tale da consentire realmente a tutti gli en-

---

<sup>86</sup> In particolare, il problema degli strumenti più idonei per consentire agli enti locali e soprattutto ai loro organi consiliari di poter svolgere un effettivo ruolo di controllo sulle imprese incaricate dello svolgimento del servizio rappresenta un tema di grande interesse che per il momento non ha avuto un adeguato approfondimento da parte della dottrina giuspubblicistica. Cfr. gli studi di taglio economico e di scienza dell'amministrazione di C. Mattei, *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2005, p. 89 ss.; G. Sapelli, *La trasformazione delle società di proprietà comunale: eterogenesi dei fini e rimedi di "governance"*, in *Ammin.*, 2006, p. 277 ss.; E. Roncoroni, *Il controllo delle imprese di servizio pubblico locale da parte dei Consigli comunali*, *ivi.*, 2004, p. 241 ss., ed in termini più ampi E. Roncoroni e C. Vaccari, *Il controllo direzionale del comune sui servizi pubblici locali*, *ivi.*, 2003, p. 5 ss.

ti soci titolari delle attività affidate di esercitare veramente sulla società incaricata un incisivo potere di controllo sugli organi, sulla gestione e sull'attività della stessa.

In altri termini, il controllo deve essere realmente tale: è questo l'orientamento prevalente in giurisprudenza. E ciò spiega la particolare attenzione riservata dai giudici amministrativi all'individuazione degli elementi idonei a consentire ai soci pubblici una incidenza sulle scelte decisionali della società, fino al punto di escludere qualsiasi tipo di autonomia in capo agli organi esecutivi della società stessa, e non deve meravigliare se si arriva a dire espressamente che il controllo analogo deve intendersi come vero e proprio rapporto di sorveglianza e di supremazia gerarchica tra i singoli soci e la società<sup>87</sup>.

Altro interessante fenomeno riguarda il rapporto tra il vertice politico dell'ente ed i rappresentanti dello stesso presso le società partecipate ed incaricate di una gestione pubblica<sup>88</sup>. L'esigenza di legare la permanenza dell'amministratore nominato al mandato della maggioranza politica che lo ha nominato ha spinto molte amministrazioni a prevedere espressamente una decadenza automatica dalla carica di amministratore in caso di cessazione dalla carica del socio che li ha designati direttamente negli statuti delle società dalle stesse partecipate o in occasione dell'approvazione degli indirizzi da parte del consiglio comunale e delle nomine da parte del sindaco.

Tale situazione è stata confermata anche in sede giurisprudenziale, in quanto è stato più volte affermato che la cessazione del mandato del vertice dell'ente locale e lo scioglimento del consiglio comunale determinano il venir meno di tutte le nomine effettuate durante il mandato elettivo, in applicazione della regola di diritto comune, che esige non solo che i poteri del rappresentante siano conferiti dal rappresentato, ma anche che persista il rapporto fiduciario fra l'uno e l'altro<sup>89</sup>. Inoltre, è stato anche precisato che le nomine e le designazioni di rappresentanti degli enti locali presso società partecipate hanno carattere fiduciario, con la conseguenza che è del tutto legittimo che un sindaco appena eletto proceda – ove non ritengano sussistente detto rapporto fiduciario – alla revoca dei rappresentanti del comune nominati dal suo predecessore<sup>90</sup>. In pra-

---

<sup>87</sup> Cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

<sup>88</sup> Sul punto cfr. M. NICO, *Sul sistema di nomina dei rappresentanti negli enti pubblici*, in *Ammin.*, 2005, p. 171 ss.

<sup>89</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2005, n. 178, TAR Reggio Calabria, 21 febbraio 2005, n. 132, TAR Basilicata, 17 marzo 2006, n. 145, e TAR Trentino-Alto Adige, Trento, 12 luglio 2007, n. 131, in *www.dirittodeiservizipubblicilocali.it*.

<sup>90</sup> TAR Trentino-Alto Adige, Trento, n. 131/2007, cit., e TAR Marche, 27 giugno 2007, n. 1171, in *www.dirittodeiservizipubblicilocali.it*. Sul punto cfr. F. Goggiamani, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, p. 823 ss.

tica, l'orientamento ricordato ha l'effetto di estendere anche al sistema delle partecipazioni societarie l'applicazione di un modello di *spoils system*, con lo scopo di rendere sempre più stretto il vincolo che lega le società agli enti di riferimento.

## 9. Conclusioni

A chiusura di queste pagine alcune considerazioni finali appaiono necessarie, soprattutto al fine di sottolineare – senza inutile enfasi, ma con la giusta importanza – il rilievo che il fenomeno delle società partecipate dagli enti locali oggi riveste nell'ambito del sistema di governo territoriale e non solo.

Le società per la gestione dei servizi pubblici locali sono solo una parte delle figure societarie che comuni e province utilizzano per i loro interventi nei settori di propria competenza. Eppure, tali società rivestono un ruolo determinante nel complesso fenomeno dell'azionariato locale: qui piuttosto che in altri casi si registrano le principali sperimentazioni frutto di autonomia organizzativa delle amministrazioni; qui si testano i modelli societari introdotti dal legislatore per poi essere estesi anche ad altri campi di intervento degli enti locali o di altre pubbliche amministrazioni; in questo settore vengono costantemente affrontate questioni che vanno al di là della mera gestione dei servizi pubblici locali.

Tutto ciò riverbera sui principali problemi che abbiamo visto caratterizzare alcuni aspetti del fenomeno in questione e giustifica alcune situazioni di incertezza, che ad un primo sguardo possono sembrare ambiguità del sistema, ma che spesso nascondono una complessità che merita di essere affrontata e risolta. È quello che abbiamo provato a fare nelle pagine che precedono.

Alla fine del percorso di analisi seguito, quello che emerge con maggiore evidenza è che con riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali attraverso figure societarie partecipate dalle amministrazioni è sostanzialmente il giudice, ora comunitario ora nazionale, a definire puntualmente i regimi d'azione e gli statuti organizzativi. Se ciò succede è perché è necessario coprire gli spazi lasciati liberi dal legislatore, che altrimenti le amministrazioni territoriali riempirebbero autonomamente e caso per caso. Ma anche nelle ipotesi in cui il riferimento legislativo è presente, spesso l'intermediazione della giurisprudenza, come si è visto, è necessaria per definirne in via interpretativa la portata.

Il quadro regolativo di riferimento, quindi, è costantemente in movimento. Oggi quantomeno appare possibile individuare alcuni punti fermi nell'esistenza di due differenti modelli e tipi societari di organizzazione del servizio: uno utilizzabile per esternalizzare il compito e per acquisire una collaborazione con soggetti privati e l'altro per continuare a conservare la gestione pubblica del servizio, sia pur attraverso moduli gestori di diritto privato, e al massimo coo-

perare con altri soggetti pubblici nello svolgimento di una attività di comune interesse. Oltre a tali aspetti che per ora sembrano consolidati, l'incertezza sugli altri profili è molto forte. Tanto per ricordare ancora una volta quanto già detto sopra: incerta è la natura di tali figure societarie, incerti, a volte, sono i caratteri identificativi e le condizioni che ne garantiscono la legittimità dell'utilizzo, incerti anche gli ambiti di applicazione, ecc.

Forse tale incertezza ha origini più lontane e forse non sarebbe eliminabile neanche con un intervento legislativo. Sta di fatto, comunque, che gli enti locali continuano a costituire società proprie o a deliberare la partecipazione a società, a dimostrazione che lo strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali, così come previsto dal nostro ordinamento, gode di ottima salute, anche se, come dimostra il caso della società mista, c'è sempre qualcuno pronto a decretarne la fine seguito, subito dopo, da qualcun altro che ne annuncia la rinascita.

